

**PRECONCEITO RELIGIOSO:
UM DESAFIO À LIBERDADE RELIGIOSA, INCLUSIVE EXPRESSIVA***

RELIGIOUS PREJUDICE:
A CHALLENGE TO THE FREEDOM OF RELIGION, INCLUDING EXPRESSIVE
BEHAVIOR

Priscila Formigheri Feldens**

“A chuva dos deuses cai dos céus sobre o túmulo de Deus que sobreviveu à sua própria sepultura. Ateus têm seus santos e blasfemos constroem templos.”

Rubem Alves

Resumo: A religião é um fenômeno de intensa importância para a vida dos seres humanos e se manifesta através de diferentes formas. No entanto, muitas religiões possuem um caráter intolerante e não-aberto, obstando a verificação da liberdade nesse âmbito. Diante disso, o preconceito e a discriminação religiosa são vetados pelo ordenamento jurídico, como por exemplo, através da tipificação penal de comportamentos intolerantes e pela proteção da liberdade religiosa na atual Constituição Federal. Ademais, o respeito à liberdade religiosa não se limita à esfera normativa, pois ela vem sendo postulada cada vez mais pelos cidadãos através de ações judiciais. Diante dessas, o princípio da proporcionalidade mostra-se uma importante função diretiva para soluções mais justas e tolerantes.

Palavras-chaves: direito penal – Constituição Federal Brasileira - liberdade religiosa – preconceito – princípio da proporcionalidade.

Abstract: Religion is a phenomenon of great importance to the human life and it is shown through many ways. However, many religions have close and intolerant characters which don't allow freedom verification in this respect. Given that, prejudice and discrimination are refused by the legal system, for example, through the legal crime prevision of intolerant behavior and the religious freedom protection of the present Federal Constitution. Moreover, religious freedom respect is not only bounded by the legislative sphere, as it has increasingly being postulated by the citizen through lawsuits. Taking all in consideration, the proportionality principium plays an important role as guider for fairer and more tolerant solutions.

Keywords: criminal law - Brazilian Federal Constitution - religious freedom - prejudice - proportionality principium.

* Artigo recebido em 15/01/2008 e aprovado em 26/05/2008.

** Advogada, especialista em ciências penais pelo PUC/RS e aluna do Mestrado em direitos fundamentais da Ulbra/Canoas. E-mail: priscilafeldens@hotmail.com

1. Introdução

Sabe-se que não é fácil abordar o assunto religião, na atualidade, tendo em vista que é um tema complexo, de alta diversidade e peculiaridades. Logo, a própria tentativa de conceituar a palavra religião é intensamente arriscada.¹

Na concepção filosófica de Chauí (1997, p.298), por exemplo, a religião é um vínculo entre o mundo profano e o mundo sagrado, isto é, a Natureza (água, fogo, ar, animais, plantas, astros, pedras, metais, terra, humanos) e as divindades que habitam a Natureza ou um lugar separado da Natureza. Sociologicamente, Oliveira (1995, p.117) entende a religião como um fato social universal, sendo encontrada em toda parte desde os tempos mais remotos. Já,

[...] para Marx a religião - e aqui tomamos no sentido tradicional - é uma superestrutura, reflexo necessário das condições econômicas e sociais. Caindo a infra-estrutura capitalista, que a gerou, a religião definhará por falta de chão. Freud situa a religião no plano psicológico, como um reflexo da tendência psíquica. Trata-se de nada mais que uma sublimação do libido, sem maior objetivo real.. (RELIGIÃO..., 1977, p.48)

Enfim, surgem várias conceituações sobre religião na medida em que se pesquisa seu significado, sendo que isso pode ocasionar uma determinada angústia, pois

quem procura, nos grandes dicionários teológicos, uma definição de “religião”, se sente logo desanimado. A definição do conceito e da essência de religião é um problema praticamente insolúvel”, pode-se ler em vários deles. Talvez seja possível, então, definir religião a partir da descrição dos fenômenos que se apresentam sob este rótulo. Não poderá ser, porém, uma descrição puramente exterior. As práticas e crenças que se apresentam como religião são tão diversas que dificilmente se descobriria um denominador comum. Deveremos operar uma descrição do fenômeno como portador revelador de uma significação, de uma intenção interior. Tal descrição chama-se “fenomenológica” e deverá revelar a intenção profunda que determina a significação última (o logos ou razão) do fenômeno religioso. (RELIGIÃO..., 1977, p.17)

Desse modo, percebe-se que a religião é fenômeno íntimo de cada ser humano e conseqüentemente relativo. Integra a identidade das pessoas e por isso “seria, então, a atitude de abandono, de entrega e de compromisso do homem orientando-se para a divindade; ou também, em certos casos, medo e, até Terror ante o transcendente”. (RELIGIÃO..., 1977, p.20)

¹ Nas línguas latinas temos o vocábulo “religião”. Duvida-se a respeito de sua origem. Lactâncio derivou-o de *re-ligare*, “religar”, sugerindo o laço entre o homem e a divindade. Como mais probabilidade, porém, Cícero pensa que a origem tenha sido *re-legere*, o que poderia significar “reler”, ler de novo, aprofundar (significaria então a interiorização, o recolhimento): ou então “reunir, recolher”, conforme sentido original de *legere*, “colher”. Este é o sentido mais provável. Ainda no latim medieval *religio* significava antes de tudo a comunidade dos adeptos de uma determinada espiritualidade. Religião seria, portanto, união, reunião, unidade, comunidade. (*Religião e Cristianismo*: manual de cultura religiosa. Porto Alegre: PUC, Instituto de Teologia e Ciências Religiosas, 1977, p. 18.)

Além desse aspecto subjetivo, vê-se que, ao longo dos tempos, a religião também caracteriza a sociedade em que as pessoas vivem.

Desde as antigas civilizações, percebe-se o culto ao sobrenatural como algo muito importante, mostrando que o espírito de religiosidade acompanha o homem desde os primórdios. Cada povo tem sua cultura própria, tem o culto ao sobrenatural como motivo de estabilidade social e de obediência às normas sociais. As religiões, as liturgias variam, mas o aspecto religioso é bem evidente. O homem procura algo sobrenatural que lhe transmita paz de espírito e segurança; A religião sempre desempenha função social indispensável. (OLIVEIRA, 1995, p.117)

Para que essa função social seja realizada, no entanto, é indispensável que os seres humanos possuam liberdade para o exercício da religião. Na concepção de Aristóteles a liberdade é “a ausência de constrangimentos externos e internos, como uma capacidade que não encontra obstáculos para se realizar, nem é forçada por coisa alguma para agir. Trata-se da espontaneidade plena do agente, que dá a si mesmo os motivos e os fins de sua ação, sem ser constrangido por nada ou por ninguém.” (CHAUÍ, 1997, p. 360)

Em conformidade, importante aduzir que à realização da religião é indispensável à liberdade de expressão e pensamento.

O homem não se contenta com o mero fato de poder ter as opiniões que quiser, vale dizer: ele necessita antes de mais nada saber que não será apenado em função de suas crenças e opiniões. É de sua natureza, no entanto, o ir mais longe: o procurar convencer os outros; fazer o proselitismo.

Ele é escravo de um certo princípio de coerência. Se crê em certas idéias é levado a desejar o seu implemento, a conformar o mundo segundo sua visão, necessitando destarte de liberdade para exprimir suas crenças e opiniões.

A liberdade de pensamento nessa seara já necessita de proteção jurídica. Não se trata mais de possuir convicções íntimas, o que se pode ser atingido independentemente do direito. Agora não. Para que possa exercitar a liberdade de expressão do seu pensamento, o homem, como visto, depende do direito. É preciso, pois que a ordem jurídica lhe assegure essa prerrogativa, mais ainda, lhe assegure os meios para que viabilize esta transmissão. (BASTOS, 1989, p. 40)

2. A liberdade na religião

Todo esse contexto e evolução das idéias a respeito das liberdades dos cidadãos acabaram por estimular o desejo e a exigência da liberdade religiosa por eles.

A liberdade religiosa consiste na livre escolha pelo indivíduo da sua religião. No entanto, ela não se esgota nesta fé ou crença. Ela demanda uma prática religiosa ou culto com um dos seus elementos fundamentais do que resulta também inclusa, na liberdade religiosa, a possibilidade de organização destes mesmos cultos, [...] (BASTOS, 1989, p. 48)

Assim, é vista como uma liberdade negativa, “na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado, por outros sujeitos” (BOBBIO, 2002, p.48), onde precipuamente o Estado não pode interferir.

Todavia, deve-se reparar que apesar da vida espiritual ocorrer no foro íntimo de cada pessoa, ela não se desenvolve em compartimentos estanques. Não se pode negar que sobre a espiritualidade e o pensamento individual, interferem fatores sociais, econômicos, históricos e culturais (BASTOS, 1989, p.48) que podem facilitar ou dificultar a liberdade religiosa. Ademais, não se pode desconsiderar que agregada à liberdade religiosa estão a liberdade de crença e a liberdade de culto, importantes para sua realização completa.

Conforme o dicionário de língua portuguesa a palavra crença denomina-se fé religiosa, convicção íntima, o ato de crer, que significa acreditar ou ter por certo e verdadeiro algo (FERREIRA, 2004, p. 275). A liberdade de crença é a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita, a liberdade e direito de mudar de religião, tudo isso com o limite de até onde possa prejudicar a liberdade dos outros. (SILVA, 2006, p.93)

Mais detalhadamente, Ribeiro explica que

[...] a liberdade de crença, tem como marca nítida o seu caráter interior. Vai da liberdade primeira do homem de poder orientar a sua fé, sua perspectiva em relação ao mundo e à vida, a sua possibilidade de eleição dos valores que reputa essenciais, sendo, pois, inalienáveis por natureza, mesmo quando proibida legalmente, visto que a repressão ao direito e à tirania não podem chegar ao ponto de cercear a fé que reside no interior do indivíduo, alcançando, no máximo, a sua manifestação exterior. (RIBEIRO, 2002, p.35)

Por outro lado, cabe salientar que entendimento sobre culto não se resume a ritos, mas deve ser visto como uma atitude subjetiva e espiritual de todos os seres humanos (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 121). Logo, a liberdade de culto é a possibilidade da exteriorização e a demonstração plena dessa capacidade interior religiosa (RIBEIRO, 2002, p.38). De acordo com Pontes de Miranda, nela se compreende a liberdade “de orar e de praticar atos próprios das manifestações exteriores em casa ou em público, bem como a de recebimento de contribuições para isso” (MIRANDA, Pontes de, apud SILVA, 2006, p. 93).

Assim, como já salientado, a liberdade de culto é de alta relevância para o exercício da liberdade religiosa, pois essa

[...] não pode, como de resto acontece com as demais liberdades de pensamento, contentar-se com a sua dimensão espiritual, isto é: enquanto realidade ínsita à alma do indivíduo. Ela vai procurar necessariamente uma exteriorização, que, diga-se de passagem, demanda um aparato, um ritual, uma solenidade mesmo, que a manifestação do pensamento não requer necessariamente.[...] A liberdade de culto, o que significa dizer que pode ser exercida em princípio em qualquer lugar e não necessariamente nos templos [...] (BASTOS, 1989, p. 50-51)

Na realidade brasileira, durante muito tempo, até próximo ao período republicano, a liberdade de culto sofreu perseguições pelo Estado e pela Igreja do Estado, pois impediam a manifestação de outra crença sob argumentos os mais disparates, temendo a contestação à idéia de um só Estado e uma só religião. (RIBEIRO, 2002, p.38)

Ribeiro ensina que após o período monárquico aos poucos foi dissipando a interpretação restritiva e opressora sobre a liberdade religiosa, entendida apenas pelo viés de liberdade de crença. Com a Constituição Federal de 1988 não se garantiu somente ela, mas todo o feixe de direitos de que se constitui a questão. (RIBEIRO, 2002, p.41)

No artigo 5º, inciso VI, da atual Carta Magna, declara-se ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida na forma da lei, proteção aos locais de culto e suas liturgias”. Tal artigo mostra-se de alta relevância e foi um dos modos de consagração dentro da Constituição Brasileira do respeito aos valores individuais de cada cidadão. Ademais, percebe-se que isso é resultado de uma modificação de paradigmas na sociedade mundial no que toca ao respeito às diferenças e o reconhecimento do denominado “Outro”:

[...] o “Outro” é por nós compreendido como aquele que *nunca antes esteve presente ao nosso encontro*, ou seja, aquele que inelutavelmente rompe meu solipsismo, na medida em que chega de *fora*, fora do âmbito dilatado do meu poder intelectual e de sua tendência de considerá-lo nada mais do que uma representação lógica do meu intelecto.[...] O que o outro representa originalmente frente a mim é um problema não apenas filosófico, mas um acontecimento incisivamente *traumático*; eu não posso de forma nenhuma, determinar aquilo que o outro é enquanto tal; o único enunciado que posso ousar é determinado justamente pelo Outro; que ele é de *outro modo-outramente* - que eu, ou seja, que entre nós uma verdadeira e irredutível *diferença* tem lugar. (SOUZA, 1994. p. 120-121) [grifo do autor]

3. O preconceito como empecilho para a liberdade religiosa

Contudo, apesar da Constituição Federal abrigar a liberdade religiosa (como também a liberdade de crença e de culto) de maneira bem nítida e inequívoca, de todos viverem em um Estado Democrático de Direito e da proliferação de ideários como o da alteridade, não se deve olvidar que o quadro histórico denota ainda que, na realidade social, tal liberdade não é efetivada totalmente e permanece muitas vezes velada devido a visão religiosa fechada, estanque e parcial de diversas pessoas.

Um dos exemplos desses modos de entender a religião pode ser visto através do fundamentalismo religioso, termo que se aplica a pessoas crentes de distintas religiões, que

possuem um sistema rígido de crenças religiosas, as quais se sustentam por textos revelados, definições dogmáticas e textos infalíveis. (TAMAYO, 2004, p.74)

Percebe-se que, cada vez mais,

o fascínio do fundamentalismo provém de sua promessa de emancipar os convertidos das agonias da escolha. Aí a pessoa encontra, finalmente, a autoridade indubitavelmente suprema, uma autoridade para acabar com todas as outras autoridades. A pessoa sabe para onde olhar quando as decisões da vida devem ser tomadas, nas questões grandes e pequenas, e sabe que, olhando para ali, ela faz a coisa certa, sendo evitado, desse modo, o pavor de correr risco. O fundamentalismo é um remédio radical contra esse veneno da sociedade de consumo conduzida pelo mercado - a liberdade contaminada pelo risco (um remédio que cura a infecção amputando o órgão infeccionado - abolindo a liberdade como tal, na medida em que não há nenhuma liberdade livre de riscos). O fundamentalismo promete desenvolver todos os infinitos poderes do grupo que - quando plenamente disposto - compensaria a incurável insuficiência de seus membros individuais, e justificaria, dessa maneira, a indiscutível subordinação das escolhas individuais a normas proclamadas em nome do grupo.[...]

Num mundo em que todos os meios de vida são permitidos, mas nenhum é seguro, elas mostram coragem suficiente para dizer, aos que estão ávidos de escutar, o que decidir de maneira que a decisão continue segura e se justifique em todos os julgamentos a que interesse. A esse respeito, o fundamentalismo religioso pertence a uma família mais ampla de soluções totalitárias ou protototalitárias, oferecidas a todos os que deparam com a carga da liberdade individual excessiva e insuportável. (BAUMAN, 1998, p. 228-229)

Apesar do radicalismo peculiar do fundamentalismo, essa e outras manifestações “fechadas” e imutáveis de religião podem ser compreendidas ao observar que elas dispensam uma grande valorização à tradição. Para Oliveira, “tradição quer dizer entrega, transmissão. Algo nos é transmitido, é dito a nós no mito, nos costumes, nos textos, portanto, sobretudo na forma da tradição escrita cujos sinais são destinados a qualquer um que tenha capacidade de compreender.” (OLIVEIRA, 1996, p. 233). Ela dá força e caracteriza as comunidades locais principalmente devido aos ensinamentos comuns passados aos integrantes delas.

Ocorre, no entanto, que vários desses ensinamentos são incorporados automaticamente à vida das pessoas sem muitos questionamentos, excluindo-se a possibilidade de livres e novas formas de visões sobre a religião. A tradição age como “[...] uma orientação para o passado, de tal forma que o passado tem uma pesada influência ou, mais precisamente, é constituído para ter uma pesada influência sobre o presente.” (GIDDENS, 1997, p.80-81).

Para tanto, dá-se uma grande importância ao ritual, o qual é um elemento que concede integridade à tradição, por ser um meio prático de manifestação da memória coletiva e de preservação dela (GIDDENS, 1997, p.82). Contudo,

[...] como todos os outros aspectos da tradição, o ritual tem de ser interpretado; mas essa interpretação não está normalmente nas mãos do indivíduo laico. Aqui temos de estabelecer uma conexão entre guardiães da tradição e as verdades que essas tradições contêm ou revelam. A tradição envolve uma “verdade formular”, a que apenas

algumas pessoas têm pleno acesso. A verdade formular não depende das propriedades referenciais da linguagem, mas do seu oposto; a linguagem ritual é performativa, e às vezes pode conter palavras ou práticas que os falantes ou ouvintes mal conseguem compreender. O idioma ritual é um mecanismo da verdade em razão de - e não apesar de - sua natureza formular. A fala ritual é aquela da qual não faz sentido discordar nem contradizer - e por isso contém um meio poderoso de redução da possibilidade de dissensão. (GIDDENS, 1997, p.83).

Diante disso, muitos fiéis, ao acreditarem fielmente nas verdades formulares da religião, passam a enxergá-las como absolutas e eliminam automaticamente a noção de que outros entendimentos religiosos possam existir. Com efeito, é

a conexão entre ritual e verdade formular o que confere às tradições sua qualidade de exclusão. A tradição sempre discrimina entre o “iniciado” e o “outro”, porque a participação do ritual e a aceitação da verdade formular são condições para sua existência. O “outro” é todo e qualquer um que esteja de fora. Pode-se dizer que tradições praticamente exigem que se seja separado dos demais, uma vez que ser um iniciado é crucial para o seu caráter.

Por isso, a tradição é um meio de identidade. Seja pessoal ou coletiva, a identidade pressupõe significado; mas também pressupõe o processo constante de recapitulação e reinterpretação observado anteriormente. A identidade é a criação da constância através do tempo, a verdadeira união do passado com um futuro antecipado. Em todas as sociedades, a manutenção da identidade pessoal, e sua conexão com identidades sociais mais amplas, é um requisito primordial de segurança ontológica. Esta preocupação psicológica é uma das principais forças que permitem às tradições criarem ligações emocionais tão forte por parte dos “crentes”. As ameaças à integridade das tradições são, muito frequentemente, se não universalmente, experimentadas como ameaças à integridade do eu. (GIDDENS, 1997, p.100).

Destarte, não somente os fundamentalistas, religiosos de pensamento mais radical, mas uma grande parcela dos humanos resiste compreender e respeitar outras formas de religião que não a sua. Tais fiéis se apóiam em referidas verdades formulares para suas tranqüilidades e reconfortos na vida diária. Logo, a eliminação dessas verdades em seus cotidianos cria o risco de, muitas vezes, os fazerem “perder o chão” e a base do que sempre acreditaram, ocasionando uma sensação de instabilidade sobre seus mundos e a realidade. Ainda, a possibilidade de que o Deus que eles acreditam não ser o exemplo mais adequado a ser seguido gera desconfortos.

Por tal insegurança ontológica, há tentativas repetidas de criar uma base segura. Isto é, de reafirmar valores como absolutos morais, declarar que as outras pessoas não têm valores, estabelecer limites distintos do que é virtude ou vício, ser rígido em vez de flexível ao julgar, ser punitivo excludente em vez de permeável e assimilativo. (YOUNG, 2002, p. 34-35)

Nesse passo, não só o medo à instabilidade identitária, mas também o risco de exclusão aos não seguidores das tradições na religião impedem a efetivação da liberdade nessa esfera, na medida em que neutralizam o surgimento de outras possibilidades de crença e culto. Isso é possível perceber quando, ao longo dos tempos,

as “religiões da salvação” conectavam o privilegiado a limites culturais absolutamente impermeáveis entre os iniciados e os não-iniciados. Ou se é crente ou se é pagão. Outras “grandes tradições”, mais especialmente as “religiões exemplares” do Oriente, como o budismo ou o hinduísmo, tinham mais zonas indistintas de inclusão e exclusão. Mas a relação entre tradição e a identidade sempre tornou as categorias amigo e estranho (não necessariamente inimigo) extremas e distintas. Robert Michels, por exemplo, disse que o estranho é o representante do desconhecido. Embora possa parecer que a categoria de estranho dependa da segmentação territorial dos sistemas sociais pré-modernos, na verdade ela resulta mais do caráter privilegiado e separatista de identidades tradicionalmente conferidas. O desconhecido é aquele espaço culturalmente definido que demarca o exterior do mundo “familiar”, estruturado pelas tradições com que a coletividade se identifica. (GIDDENS, 1997, p.101).

Nesse passo, é dentro desse “mundo familiar”, que se verificam os denominados preconceitos, presentes nas concepções íntimas de todas as pessoas.

Em si mesmo, “preconceito” (*Vorurteil*) quer dizer um juízo (*Urteil*) que se forma antes do exame definitivo de todos os momentos determinantes segundo a coisa em questão. [...] “Preconceito” não significa, pois, de modo algum, falso juízo, uma vez que seu conceito permite que ele possa ser valorizado positiva ou negativamente. (GADAMER, 2005, p.360)

Gadamer aduz que esses preconceitos são guias da compreensão humana em relação às coisas do mundo (GADAMER, 2005, p. 389). Todavia, eles se tornam prejudiciais quando se alicerçam em noções populares, intuições arbitrárias e repentinas, com a estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis (GADAMER, 2005, p. 355). Também, quando derivam de tradições inautênticas que predominam sobre a compreensão e sustentam raciocínios subsuntivos e dedutivistas, originando uma dimensão ante-predicativa para a percepção da realidade (STRECK, 2004).

É por essas formas de preconceito que se entende o surgimento da intolerância no âmbito religioso. Às pessoas torna-se mais fácil ignorar e vetar a possibilidade de outros deuses e preceitos relacionados a ele, a constatarem um relativismo nessa esfera, o qual as deixe inseguras sobre os modos ideais de comportamento e sobre a “força maior” que responde a seus anseios.

Outrossim, relevante observar que como estimulador desses preconceitos inautênticos temos, cada vez mais presente, o discurso do ódio. Esse, por sua vez, compreende-se por fundamentos utilizados por pessoas que se detêm precipuamente no ódio para justificar e realizar suas ações. Para tanto, parte-se da premissa que

[...] o ódio existe, todos nós já se deparamos com ele, tanto na escala microscópica dos indivíduos como no cerne de coletividades. A paixão por agredir e aniquilar não se deixa iludir pelas magias da palavra. As razões atribuídas ao ódio nada mais são do que circunstâncias favoráveis, simples ocasiões, raramente ausentes, de liberar a vontade de destruir simplesmente por destruir. [...] O ódio julga sem saber. O ódio julga sem ouvir. O ódio condena a seu bel-prazer. Nada respeita e acredita encontrar-se diante de

algun complô universal. Esgotado, recoberto de ressentimento, dilacera tudo com seu golpe arbitrário e poderoso. Odeio, logo existo. (GLUCSMANN, 2007, p. 11-12)

Verifica-se que, sempre na história da humanidade, se constataram situações em que esse discurso esteve em voga. No entanto, percebe-se que, no último século, ele proliferou intensamente, através de guerras extensas, revoluções exaustivas, genocídios e, agora recentemente, com os acontecimentos terroristas de 11 de setembro de 2001 em Nova York (GLUCSMANN, 2007, p. 14).

Nesse sentido, muitos movimentos religiosos também acabam adotando, até sem perceber, o ódio como justificativa para a defesa de seus conceitos e de sua fé, o que é extremamente prejudicial ao convívio entre os humanos no mundo pluralista e de intensas diversidades em que se vive.

4. A limitação do preconceito religioso através legislação brasileira

Em consonância com o abordado, percebe-se que o preconceito revela-se uma barreira para o alcance da liberdade na esfera da religião. Todavia, também se constata que ele é muito freqüente e, muitas vezes, inevitável às crenças das pessoas e à segurança que elas lhe propiciam. Logo, pergunta-se: o que fazer?

Para responder essa questão, de antemão, depara-se com outra dúvida: quando os preconceitos humanos demonstram-se realmente maléficos no que tocante à religião? Refletindo, é possível constatar que eles se tornam danosos quando são externados e de modo em que ofendam a honra e a dignidade de alguém e prejudicam o convívio social.

Para que isso não ocorra, surge a necessidade de limitação das manifestações no âmbito religioso e, portanto, a legislação brasileira intenta determinar esses limites. Inicialmente, deve-se salientar que a Constituição Federal além do artigo 5º, inciso VI, que já tutela a liberdade religiosa como um todo, prevê em seu artigo 3º, IV, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Complementarmente, a esfera penal criminaliza condutas preconceituosas, inclusive na religião, através do artigo 20 da lei 7.716/89.² Ainda, o Código Penal tipifica a injúria por

² **Art. 20.** Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo.

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

motivos religiosos, no artigo 140, § 3º,³ e define vários outros artigos que de alguma forma evitam tais manifestações de preconceitos.⁴

Sobre esse ponto, é interessante analisar que o direito penal atua como uma alternativa a mais (além da Constituição Federal) para o controle das condutas preconceituosas na religião. O direito penal é um ramo do ordenamento jurídico de extrema importância para o resguardo do bem estar social e, até mesmo por isso, tem a aplicação de penas privativas de liberdade como uma de suas características peculiares.

Conforme Dotti, pode-se conceituá-lo como um complexo de leis que, por meio da interpretação do Estado, expressa o interesse público ao prever condutas proibidas e suas respectivas sanções, empregando normas para manter o convívio em sociedade através da proteção dos bens jurídicos fundamentais. (DOTTI, 2002, p. 48)

Logo, cabe reparar que o direito penal não tutela direitos ou vantagens simples, mas sim, aqueles de maior proeminência à vida dos seres humanos. Destarte, é a partir dessa concepção que se compreende a noção de que o ordenamento jurídico penal tem como função primordial proteger os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, como nesse caso, o direito a liberdade religiosa.

Obviamente, apenas a previsão constitucional dos direitos fundamentais não basta para a sua efetivação, então o direito penal torna-se uma alternativa de realização da lei fundamental e de tutela máxima de seus bens. Conseqüentemente, no atual Estado Democrático de Direito, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, para ser considerada legítima sob a ótica constitucional (PRADO, 2003, p. 70), pois “é preciso buscar na Constituição a gênese da função social do bem jurídico” (CARVALHO, 1992, p. 37).

Desse modo, com a criminalização do preconceito na esfera religiosa

evidencia-se, assim, o interesse em dispor de um cursor jurídico-penal para delinear as relações obviamente conflitivas, no seio do Estado Democrático de direito (que não pode desconsiderar enclaves do fundamentalismo religioso, entre as naturalmente expansivas liberdades religiosas individuais e confessionais, seja entre si, ou na interação com outros direitos fundamentais, apostando no programa normativo- constitucional de maximização da liberdade/igualdade/tolerância, sem descurar, fique claro, da proteção das

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza:

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

³ **Art. 140** - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - reclusão de um a três anos e multa.

⁴ Arts. 208, 234, 235, 391, 392, 393, 394 e 395 do Código Penal.

peças e da sobrevivência do próprio estado constitucional, uma experiência histórica que se projeta como fomentadora de pluralismo intercultural. Nesse contexto, *o direito penal também é chamado como limite na harmonização da liberdade religiosa como um todo*, seja no que tange aos vários titulares da mesma posição, seja para abarcar a dinâmica social que coloca o *cluster right* em linha de frente com outros direitos constitucionais. (WEINGARTNER NETO, 2007, p. 294)

Entre esses outros direitos constitucionais, está o direito à liberdade de expressão que é claramente limitado, quando uma opinião incorrer em preconceito religioso, através da legislação penal e constitucional, por estar em conflito com o direito fundamental à liberdade religiosa. Nesse diapasão, surge a questão: a liberdade religiosa sempre se sobrepõe à liberdade de expressão? E quais são os fundamentos para que isso proceda?

5. Conflito entre direitos fundamentais: liberdade religiosa X liberdade de expressão.

O direito fundamental à liberdade de expressão, catalogado no artigo 5º inciso IV da Constituição Federal, estabelece que é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. No entanto, como já referido, quando se trata de assuntos religiosos tal liberdade acaba sendo restringida para que não se incorra em manifestações preconceituosas que ofendam a honra de alguém. Ocorre que, tal questão se mostra intensamente controversa, pois, ao mesmo tempo em que a liberdade de expressão pode ofender a liberdade religiosa, ela colabora e sempre colaborou para que essa última se realizasse.

Como exemplo da importância da liberdade de expressão para a religião, é possível citar as 95 teses que Martinho Lutero utilizou, no século XVI, para se manifestar contra a venda de indulgências e para questionar o purgatório. Com base nelas, também afirmou que a autoridade das escrituras era maior que a do Papa (WEINGARTNER NETO, 2002, p. 78) e, a partir disso, tornou-se propulsor da reforma protestante, possibilitando a criação e difusão de outras religiões no mundo.

Além desse caso, podem ser citados vários outros, até mesmo porque uma grande maioria de religiões não se desenvolve sem o proselitismo, ou seja, a possibilidade de manifestar e difundir a fé, ou ainda, o direito à divulgação das convicções religiosas (MACHADO, 1996. p.225). Nesse sentido, Adragão ensina que

da unidade essencial entre crença e conduta religiosa deriva a liberdade de divulgação e crenças ou liberdade de proselitismo, condição de possibilidade de mudar de convicções (art. 18º da liberdade religiosa dos indivíduos, das famílias e dos grupos religiosos. Está-se aqui no âmbito necessário da liberdade de manifestar a religião que, naturalmente, tem precedência ontológica sobre a liberdade de não a manifestar: a segunda define-se por referência à primeira. (ADRAGÃO, 2002, p.507)

Além do proselitismo, as confissões religiosas possuem o direito de autodeterminação, ou seja, sendo “dinamicamente entendidas como sujeitos de acção social, supõe, cumulativamente, o reconhecimento e a proteção das suas especificidades nos planos teológicos, orgânico e funcional, bem como das suas aspirações de crescimento e implantação social” (MACHADO, 1996, p. 351). Em consonância, uma religião não pode ser tolhida por expressar suas idéias a respeito de outras religiões, com o intento de convencer os crentes dessas a imigrarem para a sua, quando é natural dela a busca de expansão e captação de seguidores.

Outrossim, por um aspecto filosófico-teológico, os integrantes de muitas religiões crêem fazer parte seus papéis como religiosos divulgarem suas crenças e opiniões religiosas para atraírem fiéis, pois, assim, estão os trazendo para o “verdadeiro caminho do bem” e para “a salvação”. Destarte, é incompatível o exercício de suas religiões sem essa tarefa.

Pelo exposto, torna-se impossível a limitação total do direito à liberdade de expressão quando toca ao tema religião, pois tal direito também faz parte do direito à liberdade religiosa, que necessita daquele para que possa ser integralmente exercido. Nessa linha, também não é plausível asseverar que o segundo direito deverá sempre predominar sobre o primeiro. Então, como poderia ser solucionado o conflito entre ambos, frente à proibição do preconceito religioso?

Antes de qualquer coisa, deve prevalecer um princípio de tolerância nos casos de manifestações na seara religiosa. A

tolerância é um valor muito caro e necessário, e que está na raiz mesma da prossecução de interesses legítimos, que aporta uma palavra, com a especificidade simbólica do discurso jurídico-penal, de incentivo ao diálogo epistemológico travado no respeito pelo outro e pela diferença. Insere-se, tal discurso, num plano de ambiência cultural mais amplo, cuja ética vem sendo delineada por muitos. (WEINGARTNER NETO, 2002, p. 107)

Nesse diapasão, na verificação de conflito dos direitos fundamentais em questão, deve-se utilizar a tolerância como uma orientação para a tentativa de resolução do mesmo. Para tanto, não se postula a indiferença às idéias ou o ceticismo generalizados. Também, não se deixa de supor que os sujeitos dos direitos em conflitos possuem convicção, fé, escolha e ética. O que se pretende, somente, é que se entenda e aceite que a tolerância supõe alguma forma de sofrimento na medida em que se suporta a expressão de idéias negativas do outro. (MORIN, 2000, p.101-102)

Nessa esteira, cabível é a observação de Morin que ensina haver quatro graus de tolerância:

o primeiro, expresso por Voltaire, obriga-nos a respeitar o direito de proferir um propósito que nos parece ignóbil; isso não é respeitar o ignóbil, trata-se de evitar que se imponha nossa concepção sobre o ignóbil a fim de proibir uma fala. O segundo grau é inseparável da opção democrática: a essência da democracia é se nutrir de opiniões diversas e antagônicas, assim, o princípio democrático conclama cada um a respeitar a expressão de idéias antagônicas suas. O terceiro grau obedece à concepção de Niels Bohr, para quem o contrário de uma idéia profunda é uma outra idéia profunda; dito de outra maneira, há uma verdade na idéia antagônica à nossa, e é esta verdade que é preciso respeitar. O quarto grau vem da consciência das possessões humanas pelos mitos, ideologias, idéias ou deuses, assim como da consciência que leva os indivíduos bem mais longe, a lugar diferente daquele onde querem ir. A tolerância vale, com certeza, para as idéias, não para os insultos, agressões ou atos homicidas”. (MORIN, 2000, p. 101-102)

Diante disso, compreende-se que deve haver uma ponderação prática em cada situação e não olvidar que, conforme alega Adragão, “a liberdade de proselitismo, num sentido ou noutro, não deve ser confundida com seu abuso” (ADRAGÃO, 2002, p.508). Cabível atentar-se para o fato de o proselitismo favorecer a discriminação na religião ao ser utilizado como instrumento de

[...] aliança, expressa ou tácita, entre o Estado e a confissão dominante. Os movimentos religiosos minoritários são vistos, tanto por aqueles como por esta, como focos potenciais de desestabilização da ordem teológica-política estabelecida. O Estado não quer ver perturbados os seus mecanismos de integração e controle social. A confissão dominante pretende defender o seu monopólio religioso perante ameaças externas. O resultado é, em muitos casos, a procura das mais variadas estratégias de restrição das possibilidades de expressão das confissões minoritárias. (MACHADO, 1996, p.226)

Contrariamente a isso, o ideal é que o Estado interfira nas manifestações sobre religião, através de seu poder de polícia, como verdadeiro defensor do Estado Democrático de Direito (FISS, 2005, p.48) ao conter a opinião expressa de uma confissão religiosa sobre outra, quando, buscando um efeito silenciador, a primeira utilizar discursos como o de incitação ao ódio para diminuir a auto-estima da segunda, impedindo assim sua integral participação em várias atividades da sociedade civil, incluindo o debate público. (FISS, 2005, p.47)

Dessa maneira,

o Estado não está tentando arbitrar entre os interesses discursivos dos vários grupos, mas, ao contrário, está tentando estabelecer condições essenciais para auto-governança global, assegurando que todos os lados sejam apresentados ao público. Se isso pudesse ser realizado simplesmente pelo fortalecimento dos grupos desfavorecidos, o objetivo do Estado seria alcançado.” (FISS, 2005, p.49)

Ainda, independente desse entendimento, no conflito constitucional entre os direitos de liberdade religiosa e liberdade de expressão deve haver uma estimativa de proporção entre eles por parte do Estado.

Uma vez pacífica a igualdade axiológica entre os bens constitucionais fundamentais, resta harmonizá-los, seguindo as diretrizes da concordância prática, que abomina o sacrifício absoluto de qualquer um dos princípios em

conflito. Há de se esboçar, pois, limites e condicionalmente recíprocos. Idéia semelhante fundamenta o princípio de ponderação dos bens, tendo-se presentes os requisitos de necessidade e proporcionalidade. (WEINGARTNER NETO, 2002, p. 128-129)

Dessa maneira, o princípio da proporcionalidade mostra-se uma alternativa de solução para a referida colisão normativa ocorrente dentro da Constituição Federal.

O princípio da proporcionalidade não está expressamente positivado em nossa Constituição Federal de 1988, figurando, porém, em sede legislativa ordinária, o que não inibe por certo, que o mesmo seja aplicado com freqüência crescente por magistrados de todos os cantos do País com vistas ao controle da legalidade dos atos essenciais. É natural que certas cláusulas supraleais [...] apresentem uma acentuada capacidade expansiva e de solicitude para com a assimilação de novas realidades e valores civilizatórios em contínuo processo de mudança.[...] Essas cláusulas revestidas de suprallegalidade e de sentido aberto e indeterminado tornaram-se, bem por isso, paradigmas recorrentes diuturna e desafiante tarefa da jurisdição constitucional de garantir, em face de novas e surpreendentes realidades emergentes, a supremacia das normas e princípios sediados no estatuto supremo. (CASTRO, 2006, p.195-197)

Nesse andar, o princípio da proporcionalidade é utilizado para calibragem ou dosimetria na feitura e na aplicação da norma, isto é, tem uma “materialização” (CASTRO, 2006, p.54) e, como Willis Santiago Guerra Filho defende, permite, concretamente, a distribuição compatível dos direitos fundamentais. (GUERRA FILHO, 2002, p.55)

Do princípio da proporcionalidade derivam três subprincípios: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. O primeiro subprincípio expressa que a “adequação da medida adotada em relação ao fim perseguido deve ser a primeira do criador ou aplicador da norma, e, se ficar suplantada positivamente esta fase, só então se passará à fase imediata, da necessidade do meio.” (ARAÚJO, 2002, p. 59-60). Já,

o princípio da necessidade ou da exigibilidade, ou, ainda da menor engerência possível, coloca a tônica no sentido de que o cidadão tem o direito à menor desvantagem quando da restrição a algum de seus direitos fundamentais. O princípio da necessidade impõe a escolha dentre os meios abstratamente idôneos a alcançarem o objetivo almejado, aquele cuja adoção implique as menores conseqüências negativas para o particular. (ARAÚJO, 2002, p. 62).

Por fim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito estabelece a importância de sopesar os bens jurídicos em causa para poder optar pela solução que melhor atenda a todos, evitando a limitação total de um deles, a ponto que atinja seu conteúdo essencial e ofenda a dignidade humana (ARAÚJO, 2002, p. 64). “Nos termos máxima proporcionalidade em sentido estrito, a atuação levada a cabo deve estar afinada com a idéia de “justa medida”. Os meios utilizados devem guardar razoável proporção com o fim almejado, demonstrando um sustentável

equilíbrio entre valores restringidos e os efetivados pela medida limitadora.” (CRISTÓVAM, 2006, p. 220).

Desse modo, percebe-se

a chamada lei de ponderação deve ser aplicada em três fases distintas, muito embora essencialmente relacionadas e complementares. “*Na primeira fase deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda fase se trata, então, da importância das razões que justificam a intervenção. Somente na terceira fase sucede, então a ponderação em sentido estrito e próprio.*” As três fases da aplicação da lei da ponderação, e uma espécie de graduação da proporcionalidade, demonstram com razoável propriedade que o ceticismo acerca da ponderação e as dúvidas quanto à racionalidade do procedimento são injustificados e incapazes de sustentação, se contrastados com o instrumental teórico oferecido. (CRISTÓVAM, 2006, p. 121) [Grifo do autor]

De tal sorte, no conflito entre os direitos fundamentais a liberdade religiosa e liberdade de expressão essas três fases deverão ser observadas, sem perder de vista o caso concreto e a justa medida.

6. Conclusão

Enfim, denota-se que o preconceito religioso não é uma questão fácil de ser solucionada tanto quando geram conflitos sociais e jurídicos, como na esfera particular dos seres humanos. Contudo, é um problema que deve ser bem contornado para a efetiva realização da liberdade religiosa.

Analisando, em específico, o conflito jurídico existente entre os direitos fundamentais à liberdade religiosa e à liberdade de expressão, percebe-se não ser uma situação de simples resolução. Apesar de não haver na Constituição Brasileira previsão expressa da possibilidade de limitação ao direito fundamental a liberdade religiosa, não significa que esse seja absoluto, ainda mais quando está em confronto com outro direito de mesma hierarquia constitucional. Para tanto, sublinha-se a importância do princípio da proporcionalidade, com suas derivações, para a solução do referido conflito. Nesse caso, torna-se indispensável à observação minuciosa das peculiaridades do caso em concreto.

Por fim, não se pode olvidar que os valores constitucionais do pluralismo e da tolerância devem ser guias absolutas a qualquer decisão jurídica. Somente, assim, pode-se dizer que se está caminhando em busca de uma harmonia social e para a real efetivação do Estado Democrático de Direito.

7. Referências

- ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. Coimbra: Almedina, 2002.
- ARAÚJO, Francisco Fernandes de. *Princípio da Proporcionalidade: significado e aplicação prática*. Compinas: Copola, 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1992.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CHAUÍ, Marilena. *Filosofia*. 6ª ed. São Paulo: Ática, 1997.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Colisões entre princípio constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006.
- DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal: A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. 6ª ed. *Dicionário Aurélio*. Curitiba: Posigraf, 2004.
- FISS, Owen. *A ironia da Liberdade de Expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, Bragança Paulista: São Francisco, 2005.
- GLUCSMANN, André. *O discurso do ódio*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2007.
- GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização Reflexiva: Política, Tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: Editora da UNESP, 1997.
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Coimbra, 1996.
- MORIN, Edgar. *Os Sete Saberes necessários à educação do Futuro*. 2ª ed. São Paulo, Cortez, 2000.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea*. Edições Loyola.

OLIVEIRA, Pêrsio Santos de. *Introdução à Sociologia*. 15º ed. São Paulo: Ática, 1995.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico penal e Constituição*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RELIGIÃO e Cristianismo: manual de cultura religiosa. Porto Alegre: PUC, Instituto de Teologia e Ciências Religiosas, 1977.

RIBEIRO, Milton. *Liberdade Religiosa: uma proposta para debate*. São Paulo: Mackenzie, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006.

SOUZA, Ricardo Timm de. A racionalidade ética como fundamento de uma sociedade viável: reflexões sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica o fenômeno da “corrupção”. In; GAUER, Ruth M.(org)..*A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*.Rio de Janeiro,; Lúmen Júris, 1994.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

WEINGARTNER NETO. *Honra, Privacidade e Liberdade de Imprensa: uma pauta justificção penal*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2002.

_____. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2007.

YOUNG, Jock. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.