O EXERCÍCIO (E RESTRIÇÃO) DAS LIBERDADES DE CONSCIÊNCIA E DE CRENÇA NAS REDES SOCIAIS: UMA BREVE ANÁLISE DA TESE FIXADA NA ADO 26

THE EXERCISE (AND RESTRICTION) OF FREEDOM OF CONSCIENCE AND BELIEF IN SOCIAL MEDIAS: A BRIEF ANALYSIS OF THE ADO 26 DECISION

Vitória do Prado Bernardinis¹

Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais (UFRGS).

RESUMO: O presente texto tem como objeto a discussão acerca da restrição às liberdades de crença e consciência, e o seu exercício em redes sociais, nos casos em que tenham cunho discriminatório, à luz da decisão da ADO 26.

ABSTRACT: *The present text has as object the discussion about the restriction to freedom of belief and freedom of conscience, and its exercise in social medias, in cases*

where they have discriminatory nature, in the light of the Supreme Court Opinion in the ADO 26.

PALAVRAS-CHAVE: Argumentação jurídica; direitos fundamentais; liberdades religiosas; discriminação.

KEYWORDS: *Legal argumentation; fundamental rights; religious freedoms; discrimination.*

A liberdade de consciência e a liberdade de crença são direitos fundamentais e, nessa medida, o seu exercício poderá sofrer eventuais restrições, consideradas as circunstâncias do caso concreto, quando colidirem com outros direitos fundamentais. Contudo, *prima facie*, o exercício de tais liberdades é ilimitado. Nesse sentido, tem-se que a configuração e a restrição, a partir da aplicação da teoria externa de restrição

¹ E-mail: vitoria1601@hotmail.com

a direitos fundamentais, conforme Robert Alexy (2017), ocorre em momentos distintos, sendo esse o resultado da ponderação entre o exercício das liberdades colidentes.

Para a análise da possibilidade, ou não, de impor restrições a direitos fundamentais – e não da verificação de limitações a esses –, há de se voltar primeiramente para qual compreensão tem o intérprete acerca de qual posição se parte. Caso se parta de uma posição definitiva – considerando as normas como regras –, a configuração do direito é que imporá a estes os seus limites; caso se parta de uma posição *prima facie* – considerando-as princípios –, a configuração dos direitos se dará em momento diverso, sendo a restrição a esses resultado de uma colisão e, pois, justificação posterior e de outra ordem, por meio da ponderação. De forma que, ao não haver previamente a delimitação do conteúdo das liberdades religiosas, essas seriam *prima facie* ilimitadas e de livre exercício. Contudo, ao exercício de tais liberdades colidir com o exercício de liberdades de terceiros, estará o intérprete diante de uma situação na qual o exercício de uma das liberdades será restringindo dadas as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso em apreciação.

No concernente a uma delimitação da liberdade de consciência, Hesse (1998, p. 298) a insere como parte essencial do grupo dos direitos que garantem “liberdade espiritual e a participação livre na política como pressupostos fundamentais do desenvolvimento pessoal e da ordem fundamental liberal democrática e estatal-jurídica”. O autor divide a liberdade religiosa em três – liberdade de culto, liberdade de fé e liberdade de associação religiosa –, sendo que aquela que aqui interessa é “a liberdade de fé e confissão, que pela liberdade de confissão ideológica é ampliada” (Hesse, 1998, p. 298). Essas liberdades de crença, caracterizadas como um limitador do Estado, viabilizam a neutralidade religiosa deste, garantindo “um processo espiritual livre, no qual se devem formar as concepções de valores decisivas, livre de influência estatal” (Hesse, 1998, p. 299). Neste contexto, a liberdade de consciência, conforme afirma o autor, se torna a forma mais geral das liberdades de crença, confissão religiosa e ideológica; sendo que aquela liberdade “não está restringida à liberdade da ‘formação’ da consciência, portanto, o *forum internum*; mas ela compreende também a liberdade da ‘atuação’ da consciência e protege, com isso, a decisão de consciência destacada para fora também então, quando ela não é motivada religiosa ou ideologicamente” (Hesse, 1998, p. 299-300).

Hesse afirma que a Lei Fundamental alemã, ao dispor acerca dessa liberdade fundamental, está a proteger a “personalidade espiritual-moral” (Hesse, 1998, p. 300) dos sujeitos, pois possibilita que haja a livre discussão, e talvez até mesmo formação de consenso, acerca de determinados assuntos, os quais, por vezes, “carecem da comunicação racional, não podem ser forçados e, por causa disso, compreendem tolerância prática, também diante do estranho” (Hesse, 1998, p. 300). Ressalta que, no entanto, apesar de ser importante essa liberdade, “nenhuma constituição pode, naturalmente, garantir ilimitadamente a liberdade de consciência, a não ser que convivência juridicamente ordenada no interior da coletividade deva tornar-se impossível” (Hesse, 1998, p. 300); possibilidade essa de restrições que é resultado da análise feita pelo intérprete frente ao caso concreto.

No concernente à liberdade de crença, essa estaria, ao lado da liberdade científica da artística, compreendida pela liberdade espiritual, para Jan Schapp (2009), sendo que esta última serviria “à interpretação da liberdade civil, mas ao mesmo tempo” a transcenderia (Schapp, 2009, p. 189). Para o autor, a “liberdade de crença é definida como liberdade de conhecimento religioso e universal” (Schapp, 2009, p. 196), sendo que a crença tem de ser um escolha pessoal, isto é, não deve estar subordinada à obediência ao Estado. Dessa forma, Schapp (2009, p. 197) pontua que a liberdade de crença é, antes de tudo, a “a liberdade do Estado” e assegura o espaço para que a crença possa existir.

Nesse sentido, o exercício tanto da liberdade de consciência quanto, especificamente, da liberdade de crença – ambas podendo ter caráter de cunho religioso – poderá ocorrer mediante a expressão e reafirmação dessas crenças, não apenas em cultos, como também em grupos e, contemporaneamente, nos perfis em redes sociais. De forma que manifestações por meio de publicações, seja em perfis pessoais, seja em perfis públicos, de concepções religiosas, a depender da linguagem e do alcance, poderão exceder manifestamente o direito à liberdade religiosa previamente configurada. Pontos de vista quanto às mais variadas situações da vida humana podem expressar genericamente reprovações quanto ao agir de outros membros da mesma comunidade e será nesses casos em que se estará diante da colisão de direitos e restrição a um desses, podendo ser caracterizado ato discriminatório. Contudo, tal análise, inclusive sendo considerado o alcance da manifestação, não será tão simples quanto uma mera

subsunção, por vezes exigindo a ponderação e a construção de argumentos racionais pelo intérprete.

É nesse sentido que o julgado da ADO 26 pelo STF anda. A tese fixada em sede de julgamento da referida ação constitucional pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar a homofobia e transfobia como formas de racismo – enquadrando-as nos tipos penais da Lei nº 7.716/1989, por interpretação conforme – fez ressalva ao exercício das liberdades religiosas, observando-se que tais manifestações não podem ser configuradas como o chamado “discurso de ódio”, isto é, “assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou a violência contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero”.

Considerando a tese fixada e o voto do Ministro Relator, será apenas possível a identificação da transformação do exercício regular da liberdade de crença, de consciência e de expressão em manifestações em redes sociais em um ato a ser restringido, quando, no caso concreto, evidenciada a sua colisão com o direito à não discriminação e aplicada a ponderação houver razões suficiente à restrição daquelas liberdades. De forma que, nos casos em que se estiver diante da propagação de compartilhamento de discursos de caráter religiosos com conteúdo ofensivo de cunho homofóbico, deverá o intérprete para eventual restrição à liberdade de crença e consciência aplicar a ponderação, à luz da tese fixada no julgamento da ADO 26, não sendo possível aplicar apenas como se regra fossem os enunciados normativos da Lei nº 7.716/1989.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2017.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

SCHAPP, Jan. *Liberdade, moral e direito: elemento de uma filosofia do direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2009.