

## Juiz, umbanda e solipsismo: são possíveis discursos de ódio?



### Explicando o case

O Ministério Público Federal entrou com Ação Civil Pública para a retirada de vários vídeos ofensivos (e intolerantes) contra as religiões afro-brasileiras (umbanda e candomblé). O juiz Federal do Rio de Janeiro, encarregado do caso, negou a antecipação de tutela sob o argumento de que as “manifestações religiosas afro-brasileiros não se constituem em religião”. E acrescentou: faltariam a elas “traços necessários de uma religião”, como um “texto base”, a exemplo da Bíblia ou do Alcorão. Apontou, ainda, a ausência de uma estrutura hierárquica e de um Deus a ser venerado. Também disse que não havia urgência na retirada. Sobre o sentido de religião e liberdade, trataria no mérito. O Ministério Público ingressou com agravo. É o relatório (brincadeira, vício de profissão).

### O velho problema do decisionismo

Como o juiz negou a antecipação de tutela? Nitidamente — e tudo dá a entender isso — a partir de sua percepção pessoal sobre religião, Deus, etc. Na semana passada fiz uma coluna criticando ([ler aqui](#)) o fator “decido-conforme-minha-consciência”. Portanto, repito, não é implicância minha. Juiz não deve decidir conforme seus humores, pendores, desejos, crenças etc. Dworkin, por exemplo, diz que não importa o que pensam os juízes sobre impostos, jogos etc. Importa é que seu ato é de responsabilidade política.

Com Dworkin: Juiz decide por princípios e não por políticas ou por moral(ismos). Digo isso pela centésima vez. Democracia se faz a partir de responsabilidade política. Direito é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na vontade individual do aplicador. Portanto, direito não é moral. Não é religião. Não é futebol. Não é política.

Pois o juiz Federal do Rio de Janeiro, em vez de reconstruir a história institucional do problema relativo aos discursos de ódio *versus* liberdade de expressão (por exemplo), ele atalhou e usou os seus próprios pré-juízos, que, como se viu, causaram um enorme prejuízo.

A decisão do juiz é inconstitucional porque a distinção entre religião e manifestação religiosa para efeito de negação de tutela constitucional viola o princípio da proibição de proteção deficiente ou insuficiente (*Untermassverbot*). Melhor ainda, a decisão, ao desproteger as religiões afro-brasileiras, violou o dispositivo constitucional que estabelece a liberdade de crença etc. Ou seja, não somente o legislador pode incorrer em uma violação da *Untermassverbot*, como também o órgão julgador.

E não adianta reconhecer o caráter de ancestralidade aos "cultos afrobrasileiros" (que ele colocou entre aspas) para depois negar-lhes proteção, algo que já denunciei alhures como sendo a aplicação da fórmula Scalia (refiro-me ao voto de Scalia no caso *Bowers v. Hardwick*).

Discuti esse assunto amiúde com Marcelo Cattoni (professor da UFMG), jusfilósofo da cepa que, em vários escritos, explicita e compreende sobremodo o sentido das exigências de reconhecimento do pluralismo social e cultural próprias ao Estado Democrático de Direito que, como no caso da Constituição de 1988, condena o racismo social, cultural e de classe, além de assegurar direitos culturais aos indivíduos e às comunidades ancestrais. Sim, existe racismo cultural do mesmo modo que existe o "racismo comum".

Pergunta, então, Cattoni: "De qualquer forma, faz algum sentido, para efeito de garantir a liberdade religiosa (inclusive de não ter nenhuma religião!!) diferenciar manifestações religiosas e religião? Afinal, o que é liberdade religiosa e de crença num Estado Democrático de Direito, republicano, laico e protetor do pluralismo social e cultural que constitui internamente a nacionalidade e a cultura brasileira"?

Não esqueçamos que o STF, no HC 82424 (Caso Ellwanger),<sup>[1]</sup> negou o sentido constitucional da liberdade de expressão a discursos de ódio, a expressões de preconceito e de discriminação de qualquer natureza, que visam a inferiorizar ou a não reconhecer a liberdade como igualdade na diferença e a dignidade de todos e de cada um como expressão constitucional do direito fundamental a ser tratado pelo Estado com igual respeito e consideração (o sentido amplo ali adotado pelo STF para "racismo").

Com relação à não concessão de tutela antecipada, não esqueçamos também, aqui, que, no caso Ellwanger, o STF não exigiu, para efeito de garantia de direitos fundamentais, que houvesse caso de dano iminente e irreparável, mas considerou a própria publicação e divulgação de material racista lesivo não apenas às comunidades judaicas, mas também à própria sociedade democrática. Bingo.

Enfim: se a Umbanda e o Candomblé são manifestações culturais centenárias e profundamente enraizadas na cultura brasileira, somente isso já justifica a sua proteção contra formas de discriminação social e cultural, expressão, em sentido amplo, de racismo social e cultural.

**Dito isso, qual é o papel de um juiz?**

Decidir não é escolher. Escolhas são da ordem de nossa razão prática. Escolhe-se entre ir ao cinema ou ao futebol. Mas quando o juiz decide (judicialmente falando) deve fazê-lo a partir do Direito. Evidente que a decisão não é um ato subsuntivo (a subsunção sequer se sustenta filosoficamente; subsunção é tão fictícia quanto a sustentação da verdade real). Mas a decisão tampouco é um ato arbitrário. O juiz não é escravo da lei... Óbvio isso. Mas, por favor, ele tampouco é dono da lei (ou da Constituição ou do conceito de religião ou do conceito de cultura ou do conceito de preconceito ou do conceito de discurso de ódio...).

Juiz não é neutro. Ninguém o é. Não é disso que se trata. O que venho sustentando em meus escritos sobre teoria da decisão é que a subjetividade do juiz deve ser estrangida epistemologicamente (quer dizer, controlada) pela intersubjetividade. Se o juiz não consegue suspender seus pré-juízos, ele não pode (e não deve) ser juiz. Ele pode odiar ou amar algo. Mas na hora da decisão isto deve ficar suspenso (uma *epoché*). Isso se chama de responsabilidade política. Democracia é isso. Caso contrário, meus direitos dependerão da boa vontade do juiz. E, *repito* a frase (que não é minha, é do Agostinho Ramalho): Deus me livre da bondade dos bons.

Ora, no caso dos vídeos objetos da Ação Civil Pública promovida pelo MPF, há que se consultar as práticas sociais e aquilo que a tradição acerca do que seja religião e cultura afro significa (o comentário acima elucidada a *quaestio juris*). Aquilo que já faz parte da tradição de um povo. Esse é o primeiro movimento que o juiz deve fazer: buscar o sentido a partir do revolvimento do chão linguístico em que está assentada determinada tradição sob questionamento. É o que se chama de método hermenêutico, que venho trabalhando amiúde sob a epígrafe de “a alegoria do hermeneuta” (neste sentido, meu *Lições de Crítica Hermenêutica do Direito*).

Nitidamente os tais vídeos configuram abuso de liberdade de expressão. São discursos de ódio e de intolerância que a democracia veda. No mínimo, racismo cultural. Parafraseando *Dostoievski* e sem fazer trocadilhos (e invertendo a frase), se Deus morreu, agora não podemos tudo...

Portanto, muita calma. Liberdade de expressão não quer dizer que dê para passar a mão na bunda do guarda. E nem ofender a crença e a cultura de milhões de brasileiros. Para que existe a Lei da Igualdade Racial, por exemplo? Por que o Brasil assina tratados e acordos contra a discriminação?

Por isso, a minha insistência: aos juízes incumbe a apuração da coerência, ou não, do texto de cada lei em relação à Constituição. O juiz cumpre um papel. São os dois corpos do Rei, tese desenvolvida por Kantorowitz. No seu cotidiano, na sua vida pessoal, o juiz pode fazer as coisas que quiser. Mas, no papel de juiz, tem uma representação social e política.

Cada coisa no seu lugar, como diria Voltaire, falando do personagem *Pangloss* (e compreendamos as suas desventuras): “reparem que o nariz foi feito para sustentar óculos. Por isso usamos óculos. As pernas foram visivelmente instituídas para vestirem calças; por isso usamos calças. As pedras foram feitas para serem talhadas...”.

### ***Post scriptum I***

---

Já finalizada a coluna — no “crepúsculo de jogo”, como dizia Fiori Gigliotti — soube da notícia que dava conta de uma espécie de retratação do juiz no que tange ao problema semântico-conceitual a fim de se saber se os cultos afro-brasileiros representam religião ou não. Segundo o jornal *Estado de S. Paulo* (*clique aqui*), o juiz autor da decisão voltou atrás na fundamentação, mas manteve a decisão liminar que autorizou a permanência no YouTube dos vídeos considerados ofensivos pelo Ministério Público Federal.

Note-se: a nova argumentação possui um nítido caráter instrumental. A decisão, em si, não mudou. Mesmo com uma nova roupagem, seu teor solipsístico continua inalterado. Trata-se de uma demonstração do velho “decido primeiro para fundamentar depois”, que também pode se expressar da seguinte maneira: “na minha jurisdição, primeiro decido segundo minha formação humanística e experiência, depois procuro justificar a decisão nos aspectos técnicos oriundos do ordenamento jurídico”. Caráter instrumental da fundamentação/argumentação, *indeed*. E não se venha dizer que o “juiz decidiu conforme sua consciência”. Isso não é argumento na democracia. Aliás, o juiz de Três Passos (RS), do “caso Bernardo”, também justificou a sua decisão de deixar que o pai — acusado de matar o menino — ficasse com a sua guarda. Disse: “decidi conforme minha consciência”. E quando a “consciência” não bate com a lei e a Constituição?

Sigo. Ainda segundo a notícia, a fundamentação foi readequada (sic) de modo a “registrar a percepção (sic) deste juízo de se tratarem os cultos afro-brasileiros de religiões”. Quer dizer que o-sentido-do-que-seja-religião depende de uma “nova” percepção? Ou de uma “percepção melhor ou mais adequada”? Mas, afinal, o que é isto — a religião ou a manifestação cultural? É uma questão meramente semântica? Trata-se de um neo-nominalismo?

Na versão 2.0 da decisão, o juiz explica que a manutenção dos vídeos teve como fundamento a defesa da liberdade de expressão. A partir de um pretensão liberalismo, afirma que, embora os vídeos sejam de mau gosto “refletem exercício regular da referida liberdade”. E, novamente, errou o alvo. Isto porque tanto a proteção da liberdade de religião e crença, quanto a tutela da liberdade de expressão não implicam indiferença do Estado para com esses campos.

Explico melhor: há um erro de base naqueles que pensam que a liberdade de expressão representa uma espécie de direito absoluto em uma democracia constitucional: o esquecimento que a liberdade de expressão implica o exercício da tolerância. Como dizia o velho Kant — que, por sinal, era um liberal —, a autoridade política, no campo da liberdade de religião, possui um direito negativo de preservar a comunidade política de toda influência que possa ser prejudicial à tranquilidade pública. Nesse passo, a autoridade política — no caso o Estado — deve, por consequência, diz Kant, não permitir que a concórdia civil fique em perigo, seja pelas disputas internas, seja pelo conflito de diferentes religiões entre si, o que constitui, então, um direito de polícia. Ponto para o velho Immanuel!

Ou seja, diante de discursos que incitam o ódio e a intolerância (quem tem paciência, veja os vídeos), não podemos falar em exercício legítimo da liberdade de expressão. Logo, mudar a fundamentação não retirou o caráter solipsista (e inconstitucional) da decisão. Ao contrário, apenas serviu para demonstrar,

de forma mais categórica, a sua ocorrência.

Aliás, por ocasião do julgamento do famoso caso Ellwanger, acima referido, chegou-se a sustentar que “judeu não era raça”, para descaracterizar o crime de racismo... Quer dizer que se “judeu não fosse raça”, os livros de Ellwanger poderiam ter sido publicados (por exemplo, *Acabou o Gás*, entre outros)? Se judeu não é raça, o que mudaria? No caso aqui sob comento, o que muda se a umbanda é religião ou não? Quer dizer que, em sendo religião, pode ser vítima de discurso de ódio ou de intolerância ou de racismo cultural?

Mais: o que é isto — a fundamentação? Ela é condição de possibilidade ou é meramente um adorno, um artifício retórico? Como é possível que uma decisão seja proferida tendo por base a premissa de que umbanda não é religião e, depois, reconhecida a circunstância desta ser religião, permanecer igual? Ou seja: ao que entendi, tanto faz se umbanda e candomblé são religiões; em nome de liberdade de expressão, pode-se delas dizer o que se quiser!

Na democracia tudo pode? Veja-se como, em nome da liberdade, vamos criando permissividades: de repente, sem qualquer aviso, São Paulo é vítima das greves de ônibus. Milhões de pessoas prejudicadas. Viva a liberdade de fazer greve! Viva a liberdade de expressão em poder fazer vídeos recheados de intolerância. Viva! E as consequências desse “Deus morreu e agora pode tudo”? Bem, as consequências sempre vem depois...como dizia o genial Conselheiro Acácio.

### ***Post Scriptum II – um pequeno desagravo***

Li o artigo do ex-ministro Eros Grau ([aqui](#)) em que ele espinafra a coluna Diário de Classe, na qual André Karam Trindade criticou a decisão do ministro Joaquim Barbosa acerca da polêmica sobre o cumprimento de um sexto da pena. Embora Grau não tenha citado o texto de André, é evidente o alvo (embora politicamente o texto de Grau possa ter outro endereço). A crítica de Grau foi, no mínimo, deslegante. Não fica bem usar falácia do tipo *ad hominem*. Não ficou “legal” isso. Só para registrar.

[1] A crítica mais consistente até hoje feita ao caso Ellwanger foi feita por Marcelo Cattoni, no artigo *Direito, política e filosofia: contribuições para uma teoria discursiva da constituição democrática no marco do patriotismo constitucional*. Rio de Janeiro: Mandamentos, 2007, cap. 8., p. 113-125.

### **Date Created**

22/05/2014