

DIREITO PENAL E LIBERDADE RELIGIOSA: ANÁLISE DA PROTEÇÃO DEFICIENTE DA LIBERDADE RELIGIOSA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

IRINEU JOSÉ COELHO FILHO¹

MÁRCIO EDUARDO SENRA NOGUEIRA PEDROSA MORAIS²

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O PRINCÍPIO DA LIBERDADE RELIGIOSA E SUA NECESSÁRIA PROTEÇÃO PENAL. 3. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A PROTEÇÃO DEFICIENTE EM FACE DOS CRIMES CONTRA O SENTIMENTO RELIGIOSO E O RESPEITO AOS MORTOS. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

RESUMO: O objetivo do presente artigo é abordar a proteção penal da liberdade religiosa no Direito Penal brasileiro. A liberdade religiosa é um direito fundamental que exige efetiva proteção penal; impondo, tanto no plano abstrato, afeto ao legislador, quanto no plano concreto, afeto ao julgador, a estrita observância do princípio da proporcionalidade em suas duas vertentes: a vedação do excesso e a vedação da proteção deficiente. Tenciona-se a compreensão do tema a partir de um olhar crítico sobre os dispositivos contidos no Código Penal e na legislação extravagante, com o intuito de ser aferida a efetividade da tutela penal, com estribo nas teorias relativas ou preventivas da pena, sobretudo as da prevenção geral, segundo as quais a finalidade da pena

¹Mestrando no Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito da Universidade de Itaúna/MG. Especialista em Direito Processual (Pucminas). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Oeste de Minas (FADOM). Delegado de Polícia Civil (Minas Gerais).

² Professor universitário no curso de Direito da Faculdade de Pará de Minas/MG e na Graduação e Pós-graduação *Stricto Sensu* (Mestrado e Doutorado) em Direito da Universidade de Itaúna/MG, especialista em Ciências Criminais (UGF-RJ) e em Direito Eleitoral (Pucminas), mestre e doutor em Teoria do Direito (Pucminas). Coordenador do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito (Mestrado e Doutorado) em Direito da Universidade de Itaúna/MG. Pesquisador da Universidade de Itaúna (CNPQ). Advogado.

é a prevenção dos delitos. A hipótese é a de que há uma proteção deficiente da liberdade religiosa no Estado brasileiro. Desenvolveu-se o trabalho por intermédio de pesquisa bibliográfica e como procedimento metodológico foi utilizado o método hipotético-dedutivo; sendo o procedimento técnico constituído de análises interpretativa, comparativa, teórica e histórica.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade Religiosa. Proteção deficiente. Direito Penal. Crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos.

CRIMINAL LAW AND RELIGIOUS FREEDOM: ANALYSIS OF THE INADEQUATE PROTECTION OF RELIGIOUS FREEDOM IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

ABSTRACT: The aim of this article is to approach the criminal protection of religious freedom in Brazilian Criminal Law. Religious freedom is a fundamental right to effective criminal protection, imposed, both in the abstract, in the legislature, and in the concrete, in judgment, a strategy of observing the principle of proportionality in its two strands: the sealing of excess and the sealing of poor protection. The aim is to understand the subject from a critical examination of the provisions contained in the Penal Code and extravagant legislation, with the aim of being effectively measured by criminal tutelage, based on the advanced or preventive theories of punishment, especially as avoid general, according to what are the prohibitions of punishment and offense. The hypothesis is that there is poor protection of religious freedom in the Brazilian state. The work will be developed through bibliographic research. The methodological procedure used is the hypothetical-deductive; The technical procedure consists of interpretative, comparative, theoretical and historical analyzes.

KEYWORDS: Religious Freedom. Poor protection. Criminal law. Crimes against religious sentiment and respect for the dead.

1 INTRODUÇÃO

O pluralismo democrático advoga a proteção de todas as ideologias e religiões. Desse modo, faz-se mister proteger o direito fundamental à liberdade religiosa, haja vista esta constituir-se como patrimônio imaterial do indivíduo, necessário para conformação pessoal da identidade, seja a crença pessoal positiva ou negativa.

Paralelo a isso, é imperioso frisar o processo de secularização vivido pelas democracias ocidentais, promovendo discussão sobre a redução da necessidade de proteção jurídica à liberdade de crença, tendo em vista o fato de esse processo, conforme erroneamente se imaginou, ter advogado a diminuição da religiosidade na Modernidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) positivou o princípio da liberdade religiosa, direito fundamental que engloba as liberdades de consciência, crença (seja positiva ou negativa), culto, expressão religiosa. Por conseguinte, o artigo 5º, inciso VI, previu a inviolabilidade de crença religiosa, assegurando, ainda, proteção à liberdade de culto e às suas liturgias.

Dada a importância desse bem jurídico e em consonância com os ditames do Estado Democrático de Direito, imprescindível é a sua proteção por meio de mecanismos capazes de desestimular o desrespeito à liberdade religiosa, impondo-se a utilização do Direito Penal como mecanismo de proteção. Importante ressaltar que o princípio da liberdade religiosa goza de todas as vias de proteção e garantias estabelecidas para os direitos fundamentais, todavia o presente estudo foca-se na discussão da proteção penal dessa liberdade.

Poucos meses após a promulgação da CRFB/88, entrou em vigor a Lei n.º 7.716, de 5 de janeiro de 1989, lei que tipificou os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Entretanto, somente em 1997, o preconceito religioso foi inserido no catálogo legal.

Anteriormente, porém, o Código Penal brasileiro de 1940, cuja Parte Especial ainda se encontra em vigor, já albergava a liberdade religiosa em seu Título V, dividido em dois capítulos, tratando dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos.

O bem jurídico *liberdade religiosa* ainda é tutelado no Código Penal quando este trata dos crimes contra a honra, no Título I, Capítulo V da sua Parte Especial.

Fora do Código Penal, na legislação extravagante, a questão religiosa também é objeto da tutela penal, mediante a Lei n.º 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio).

Contudo, resta saber se, em que pese a tipificação de condutas que atentam contra o bem jurídico liberdade religiosa, as penas, a elas cominadas em abstrato, e as consequências jurídico-penais em face do cometimento desses delitos estão em consonância com as necessidades e os anseios da coletividade no atual contexto. Vale ressaltar que a sociedade se transformou e se remodelou nessas três décadas de vigência da Constituição de 1988 e nos quase oitenta anos após o Código Penal ter entrado em vigor.

Os números da violência, envolvendo preconceito, discriminação e total desrespeito às minorias têm sido indicadores de ineficiência dos mecanismos de prevenção aos delitos. Isso não é diferente quando se abarcam as diversas religiões e as suas práticas que se multiplicaram país afora como consequência normal de uma conquista constitucional de tamanha importância, assim como tantas outras trazidas pela nova ordem democrática.

Muito se tem discutido sobre o crescimento da violência contra a liberdade religiosa, uma preocupação histórica no Brasil e no mundo, que atualmente atingiu proporções alarmantes, condensando-se num clima de insegurança que paira sobre todas as classes sociais e parece não haver sinais de que será extirpado a curto ou médio prazo.

Diante da temática, desenvolveu-se o presente trabalho por meio de pesquisa bibliográfica e documental, uma revisão da literatura pertinente, com bases no procedimento metodológico hipotético-dedutivo. Assim partiu-se da principiologia, perpassando por conceitos amplos e teorias do Direito para aplicá-las na especificidade da proteção penal da liberdade religiosa.

Ademais, debruçou-se em análises interpretativa, comparativa, teórica e histórica da proteção penal dispensada ao direito de liberdade religiosa e seu cotejo com a legislação alienígena. Tudo isso com vistas à compreensão dos seus princípios, virtudes e deficiências a fim de se concluir se há ou não ofensa

ao princípio constitucional da proporcionalidade. Assim, em caso positivo, pretende-se sugerir a reforma da legislação penal, de modo a modernizá-la e adequá-la ao atual contexto, reafirmando o Direito Penal como um dos mecanismos de proteção e salvaguarda das garantias de liberdade no Estado Democrático de Direito.

Estruturalmente, o trabalho está dividido em duas seções temáticas, além de introdução e considerações finais. Na primeira seção, intitulada *O princípio da liberdade religiosa e sua necessária proteção penal*, estuda-se a estrutura do princípio da liberdade religiosa, compreendendo-se sua necessária proteção por intermédio do Direito Penal, ou seja, considera-se a liberdade religiosa um bem jurídico-penal de primeira grandeza. Por sua vez, na segunda seção do estudo, *A proteção deficiente da liberdade religiosa no Estado brasileiro*, adentra-se na problemática da pesquisa, com o objetivo de perquirir a proteção deficiente da liberdade religiosa no Estado brasileiro, hipótese desta pesquisa.

A pesquisa é relevante e atual, haja vista enfrentar problemática que perpassa a temática dos direitos fundamentais, do Direito Penal, do Direito Constitucional, elemento imprescindível para uma sociedade democrática. Sem liberdade religiosa, em todas as suas dimensões, não haverá plena liberdade cultural, nem liberdade política.³

Os números da violência, está decorrente da intolerância religiosa no Brasil apresentam a verdadeira faceta do ódio, desconstruindo o mito do país multicultural que respeita as diferenças religiosas, demandando a necessária intervenção do Direito Penal.

2 O PRINCÍPIO DA LIBERDADE RELIGIOSA E SUA NECESSÁRIA PROTEÇÃO PENAL

³MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV, direitos fundamentais. 4 ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

Remonta aos primórdios da humanidade a crença no sobrenatural, sendo possível perceber, ao longo da história, a influência da religiosidade na sociedade em vários aspectos, desde ritos que celebram o nascimento, à influência na construção da moral social e da política na história de suas relações institucionais com o Estado.

Em relação à importância da religião nas sociedades humanas, Jónatas Eduardo Mendes Machado⁴ ressalta que estudos históricos, arqueológicos e antropológicos evidenciam o lugar da religião nas sociedades humanas, fato atualmente sublinhado pela sociologia. Ademais, evidencia-se a diversidade de formas religiosas, todas elas referenciando o transcendente, o sobrenatural, o absoluto. Assim, a religião, por força de sua natureza, “é capaz de libertar energias incontroláveis, surgindo historicamente ligada ao que existe de melhor e de pior na história da humanidade”.⁵

Em que pese a abertura ao transcendente, não se observam, durante os primórdios das sociedades humanas, as religiões institucionalizadas. Em consonância com Machado, “a religião era uma experiência da comunidade, necessariamente dissolvente do indivíduo”.⁶

Posteriormente, o advento do cristianismo proporcionou um processo revolucionário nos âmbitos político e institucional, estruturando-se em um primeiro momento, “na afirmação dos direitos da Igreja em relação ao Estado (momento hierocrático), passando pela afirmação dos direitos do Estado em relação à Igreja (momento regalista) e colimando na afirmação dos direitos dos cidadãos relativamente a ambos (momento constitucional)”.⁷ Nos dizeres de Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes

⁴MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996.

⁵MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 9.

⁶Desde que o ser humano se entende como tal, começou a fazer para si imagens, mais ou menos elaboradas, representando a realidade. “Através dessas imagens interpretava as suas próprias experiências e tentava descobrir-lhes um sentido ordenador, que reproduzia através de um modelo discursivo”. (MACHADO, 1996, p. 14). Observa-se, assim, uma relação muito íntima entre sagrado e profano, não sendo possível separar a vida religiosa da vida em comunidade.

⁷MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 9-10.

Ainda quando não havia religiões institucionalizadas a crença em algo que extrapolasse a condição humana era perceptível, tendo os primeiros povos deixado resquícios de desenhos retratando deuses, animais fantásticos. Por sua vez, com o desenvolvimento das instituições religiosas a noção de religioso ultrapassará a condição individual para se relacionar com o fato de o crente ser uma pessoa vinculada a uma instituição religiosa.⁸

Sara Guerreiro afirma ser, a liberdade religiosa, “o resultado de séculos de perseguições e conflitos, fundadas nas crenças de verdades absolutas, que não deixavam espaço para a diferença”.⁹ Seu esforço histórico tem início com as revoluções liberais, passando pela afirmação dos direitos dos indivíduos, por consequência, até desaguar no Direito Internacional.

Desse modo, nesse ambiente liberal, o princípio da liberdade religiosa foi encartado, pela primeira vez em rol de direitos fundamentais, na Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776, especificamente no seu artigo 16. Em 1791 é estabelecida, por intermédio da Primeira Emenda, a *Establishment Clause* e a *FreeExerciseClause*, prevendo que o Congresso não fará qualquer lei respeitante ao estabelecimento da religião (*Establishment Clause*) ou proibindo o seu livre exercício (*FreeExerciseClause*).

Por sua vez, o artigo 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França, traz o seguinte enunciado: “ninguém deve ser inquietado pelas suas opiniões, incluindo as opiniões religiosas, contanto que a manifestação delas não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei”.¹⁰

A história mostra uma diferença fundamental entre o desenvolvimento norte-americano e o francês. Assim “enquanto nos EUA a religião serviu como

⁸ MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. **Liberdade religiosa**: o ensino religioso na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Curitiba: Juruá, 2015.

⁹ GUERREIRO, Sara. **As fronteiras da tolerância**: liberdade religiosa e proselitismo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Coimbra: Almedina, 2005, p. 18.

¹⁰ FRANÇA. **Declaração (1789)** Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 22 set. 2019.

aliada nas transformações sociais, na França era mais uma das instituições vistas como *não benignas*, que era necessário confinar ou circunscrever substancialmente”.¹¹

Fato é que a questão da liberdade religiosa é, sem dúvida, em sociedades que aspiram a uma plena democracia, um dos fatores principais para a conservação da paz e estabilidade. Para um número considerável de pessoas a religião ocupa um lugar central e é fator legitimador de diversas instituições da vida cotidiana.

Diante disso, conforme ressalta Maria da Glória Garcia¹², o que subjaz a liberdade religiosa não é a garantia do reconhecimento de Deus, mas sim o reconhecimento no ser humano de uma capacidade de relacionamento superior, já não com outro ser humano, mas sim com o Absoluto, a Verdade, a Suprema Retidão.

A primeira das liberdades, haja vista sua importância histórica e política para o processo de constituição do Estado moderno, a liberdade religiosa é princípio que se relaciona com o modelo laico de Estado.

De acordo com Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes¹³, a liberdade religiosa é gênero, do qual se desdobram as seguintes *liberdades*: *i*) liberdade de consciência, *ii*) de crença, *iii*) de culto e *iv*) de organização. Nesse sentido, a liberdade de crença garante ao sujeito o direito de escolher entre qualquer religião, qualquer crença. A liberdade de culto representa a exteriorização popular da liberdade de crença, a manifestação física mediante rito ou solenidade. A liberdade de organização, por sua vez, refere-se à possibilidade de estabelecimento e organização de igrejas e suas relações com o Estado.

¹¹GUERREIRO, Sara. **As fronteiras da tolerância**: liberdade religiosa e proselitismo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Coimbra: Almedina, 2005, p. 26.

¹²GARCIA, Maria da Glória. Liberdade consciência e liberdade religiosa. **Direito e Justiça**, Lisboa, vol. XI, Tomo 2, 1997.

¹³MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. **Liberdade religiosa**: o ensino religioso na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Curitiba: Juruá, 2015.

Ainda de acordo com Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais¹⁴, no que se refere à história do desenvolvimento da liberdade religiosa no Ocidente, é necessário frisar que, até o Edito de Milão (313), o cristianismo era uma religião perseguida, tornando-se posteriormente uma religião autorizada, para, enfim, tornar-se a religião oficial do Estado romano, o que ocorreu no ano de 380, sob o pálio do imperador Teodósio (347-395), substituindo a religião romana estatal. “Isto significava que, agora, o Deus cristão era o fiador da ordem estatal, com todas as consequências daí decorrentes. Dito de maneira mais clara: a unidade religiosa era fundamento da unidade política”.¹⁵

Observa-se, desse modo, que, qualquer ofensa contra a religião caracterizava, automaticamente, uma ofensa contra o Estado. Posteriormente, com Constantino, o Grande (272-337), o cristianismo desenvolveu-se no ocidente sob a soberania do Estado.

Ulteriormente, com a divisão do Império Romano em oriental e ocidental, consumada no ano de 395 da Era Cristã, houve o desenvolvimento de vários paradigmas na teologia e na política no Ocidente, como também no Oriente. No Ocidente a política foi determinada pelos papas romanos dos séculos IV e V, situação que conduziu à supremacia da Igreja sobre o Estado.

A fim de compreender o paradigma teológico ocidental, devem-se levar em consideração as migrações dos povos germânicos nos séculos V e VI e o ocaso do Império Romano ocidental em 476, o batismo do rei franco Clóvis em 498/99, o aparecimento do Islã, bem como o surgimento do Império Cristão sob Carlos o Grande. O paradigma ocidental, católico-romano viveu seu ápice durante a reforma (ou revolução) gregoriana no final do século XI.¹⁶

Com as invasões bárbaras na Idade Média, o panorama de influência da Igreja Católica como moduladora do poder político, ficou ainda mais nítido e sólido, em decorrência do esfacelamento das organizações estatais antigas. Em

¹⁴ MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. **Liberdade religiosa**: o ensino religioso na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Curitiba: Juruá, 2015.

¹⁵BABIĆ, Mile. O cristianismo: da religião estatal para a liberdade de religião. **Concilium – International Review of Theology**, Petrópolis-RJ: Vozes, n. 367, 2016, p. 14.

¹⁶BABIĆ, Mile. O cristianismo: da religião estatal para a liberdade de religião. **Concilium – International Review of Theology**, Petrópolis-RJ: Vozes, n. 367, 2016, p. 15.

751, Pepino, o Breve (741-768), recebeu como primeiro rei franco a unção, tornando-se rei da graça de Deus (*Gratia Dei Rex*), ou seja, o seu poder era divinamente legitimado.

A Idade Média viu o processo de proximidade entre Estado e Religião, situação que sofreu alteração com a Reforma Protestante, de 1517, momento em que o Ocidente presenciou o início da necessidade da proteção da liberdade religiosa, haja vista passar a existir, a partir de então, mais de uma religião, decorrência do advento do protestantismo.

3 A PROTEÇÃO DEFICIENTE DA LIBERDADE RELIGIOSA NO ESTADO BRASILEIRO

A sétima Constituição brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988 foi o marco histórico do novo Direito Constitucional, tendo ajudado a protagonizar o processo de redemocratização do Brasil e propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país.¹⁷ Em seu texto, de forma explícita e implícita, encontram-se proclamados “os princípios que têm a função de orientar o legislador ordinário, e também do aplicador do Direito Penal, no intuito de limitar o poder punitivo estatal mediante a imposição de garantias aos cidadãos.”¹⁸ Conforme ensina Fernando Galvão, “para harmonizar as estratégias de combate à criminalidade com as elaborações teóricas da dogmática jurídico-penal, a política criminal orienta-se por princípios fundamentais, que devem determinar a produção normativo-criminal, bem como a realização concreta de suas disposições”.¹⁹

Na lição de Cezar Roberto Bitencourt:

¹⁷BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>> acesso em: 21 jun. 2020.

¹⁸ MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral** (arts. 1º a 120) – Vol. 1. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.19.

¹⁹ GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. 13 ed. Belo Horizonte, São Paulo, 2020, p. 131.

Hoje poderíamos chamar de princípios reguladores do controle penal, princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão, ou simplesmente de *Princípios Fundamentais de Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito*. Todos esses princípios são garantias do cidadão perante o poder punitivo estatal e estão amparados pelo novo texto constitucional de 1988.²⁰

Conforme a escorreita lição de Bitencourt, o sistema político instituído pela Constituição Federal de 1988, impõe que o “Direito Penal no Brasil deve ser concebido e estruturado a partir de uma concepção democrática do Estado de Direito, respeitando os princípios e garantias reconhecidos na nossa Carta Magna”.²¹

Não sendo objetivo deste trabalho aprofundar na variedade de acepções do vocábulo *princípio*, desenvolveu-se o raciocínio com estribo no magistério de José Joaquim Gomes Canotillho que, distinguindo princípios de normas, define *princípios* como “normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídica”.²² Mais à frente, ressalta que os princípios “impõem a otimização de um direito ou de um bem jurídico, tendo em conta a *reserva do possível* fática ou jurídica”.²³ É suficiente para o propósito da pesquisa compreender a noção de princípios como subespécie de normas, em face do reconhecimento de sua normatividade no direito contemporâneo.

Dentre os chamados princípios norteadores do direito penal, ou princípios limitadores do poder punitivo do Estado, o princípio da proporcionalidade surge revestido de grande importância no atual contexto. Em tempos de fervoroso e crescente clamor por mais segurança e menos impunidade, o instrumento eleito

²⁰BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42- 49.

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42- 49.

²²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1255.

²³CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1255.

para se tentar atingir esse fim foi o Direito Penal, com sua truculenta forma de atuação que pode chegar ao cerceamento da liberdade do indivíduo.

Conforme aponta Rogério Greco, no período iluminista, o princípio da proporcionalidade ganhou consistência, principalmente com a publicação, em 1764, da obra *Dos Delitos e das Penas*, de Cesare Bonessana, o Marquês de Beccaria, que conclui em seu § XLII,: “para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.”²⁴

A obra de Beccaria reúne ideias defendidas pelos iluministas do seu tempo, externando preocupação com a dignidade da pessoa humana, negando a brutalidade de um regime absolutista, no qual os pobres padeciam diante das injustiças e abusos praticados pelos detentores do poder. Beccaria propôs, então, a correção de um sistema que não se preocupava com o ser humano.²⁵ Se o princípio da proporcionalidade tem raízes que remontam à Antiguidade, foi no período iluminista que se firmou, graças, principalmente, à obra de Beccaria.²⁶

Tanto no plano abstrato, afeto ao legislador, quanto no plano concreto, afeto ao juiz que aplica a lei penal, há que ser observada a proporcionalidade, conforme os ditames de um Estado Democrático de Direito. “O primeiro objetivo deve ser seguido pelo legislador, quando cria um novo tipo incriminador, o segundo, voltando-se ao juiz, indica-lhe a razoável proporção entre o peso da sanção e o dano provocado pela infração penal”, como ensina Guilherme de Souza Nucci.²⁷

O princípio da proporcionalidade não está previsto expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, podendo ser visualizado em outros que passaram a integrar o texto constitucional, a exemplo do princípio da individualização da pena²⁸, previsto no artigo 5º, inciso XLVI, ao prescrever

²⁴GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p.125.

²⁵BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2019.

²⁶ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p.125.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 284.

²⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p.126.

que a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direitos.²⁹

A proporcionalidade apresenta-se, pois, como um corolário do princípio da dignidade da pessoa humana que fundamenta do Estado Democrático de Direito, conforme estabelecido pela Constituição de 1988, em seu artigo 1º, inciso III.

Conforme ressalta André Copetti:

O controle do *quantum* da pena está diretamente ligado ao controle sobre o conteúdo de desvalor do delito, mais precisamente sobre os seus conteúdos substanciais. É indubitável que qualquer juízo sobre a medida da pena, sobretudo se conduzido à maneira do critério da proporção, pressupõe necessariamente o acerto do intrínseco desvalor do delito, se não absolutamente a reconstrução conceitual da *ratio legis* e dos objetivos da disciplina. É o desvalor do delito que constitui, na verdade, o parâmetro de valoração da proporcionalidade da pena, assim como são os objetivos assumidos pelo legislador os pertinentes para valorar-se a adequação.³⁰

Em síntese, conforme os ditames da Carta de 1988, tanto o legislador quanto o juiz devem observar o princípio da proporcionalidade e suas implicações em face dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Cleber Masson ensina que há um terceiro destinatário da proporcionalidade: “o princípio da proporcionalidade possui três destinatários: o legislador (proporcionalidade abstrata), o juiz da ação penal (proporcionalidade concreta) e, os órgãos de execução penal (proporcionalidade executória)”.³¹ O autor esclarece que na proporcionalidade executória (ou administrativa) incidem

²⁹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 jun. 2019e.

³⁰COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 133.

³¹MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral** (arts. 1º a 120) – Vol. 1. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.45

o regramento do cumprimento da pena que levam em conta o mérito do condenado e suas condições pessoais.³²

Contudo, além de não ser admitido o excesso na valoração de comportamentos penalmente relevantes, ou a punição desnecessária daquelas condutas irrelevantes para o direito penal, há que se observar também outra vertente do princípio da proporcionalidade: a proibição da proteção deficiente, conforme se verá adiante.

3.1 O Direito Penal e o princípio da proporcionalidade

Diante da necessidade de proteção dos direitos e interesses mais importantes ao indivíduo e ao grupo que integra, bens e interesses sem os quais é impossível até mesmo existência e o desenvolvimento da sociedade, o Estado lança mão do Direito Penal que tem a finalidade de proteger bens jurídicos. Estes, na definição de Claus Roxin, são “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”³³ Nas palavras de Jesús María Silva Sánchez “O Direito Penal é instrumento qualificado de proteção de bens jurídicos especialmente importantes”.³⁴

Contudo essa proteção deve ser proporcional, sem excesso nem deficiência. Ademais, ela não pode ser obtida a qualquer custo, sacrificando-se direitos e garantias assegurados na Constituição Federal. Significa que a proteção dos bens jurídicos há que pautar-se pela dignidade da pessoa humana, um dos pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito.

Conforme esclarece Rogério Greco:

³² MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120) – Vol. 1. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.45.

³³ ROXIN, Claus. **A Proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018, p. 18-19.

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 27.

A Constituição nos garante uma série de direitos, tidos como fundamentais, que não poderão ser atacados pelas normas que lhe são hierarquicamente inferiores. Dessa forma, não poderá o legislador infraconstitucional proibir ou impor determinados comportamentos, sob a ameaça de uma sanção penal, se o fundamento de validade de todas as leis, que é a Constituição, não nos impedir de praticar ou, mesmo, não nos obrigar a fazer aquilo que o legislador nos está impondo. Pelo contrário, a Constituição nos protege da arrogância e da prepotência do Estado, garantindo-nos contra qualquer ameaça a nossos direitos fundamentais.³⁵

Nessa linha de raciocínio, ensina Luis Roberto Barroso que “a repercussão do direito constitucional sobre a disciplina dos crimes e das penas é ampla, direta e imediata, embora não tenha sido explorada de maneira abrangente e sistemática pela doutrina especializada”.³⁶ Segundo o autor a validade e a interpretação das normas de direito penal, e também a produção legislativa em matéria penal deve estar em perfeita sintonia com a Constituição.

O texto constitucional brasileiro alberga um extenso rol de direitos e garantias em favor daquele que transgredir a norma penal, os quais são de observância obrigatória, verificando-se o que se convencionou chamar de Doutrina Garantista do Direito Penal idealizada por Luigi Ferrajoli na sua obra *Direito e Razão, teoria do garantismo penal*.³⁷

É de Ferrajoli a ideia de um “direito penal mínimo” como um sistema de limites ao poder punitivo estatal. “Trata-se de um modelo universal destinado a contribuir com a moderna crise que assola os sistemas penais, desde o nascedouro da lei até o final do cumprimento da sanção penal”.³⁸

Em contrapartida, conforme ensina Lênio Luiz Streck, se o Estado não pode punir em excesso, também não pode ser omissivo quanto à proteção dos

³⁵GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p.9.

³⁶ BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil) *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>> acesso em: 21 jun. 2020.

³⁷FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

³⁸ MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral** (arts. 1º a 120) – Vol. 1. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p.80-81.

direitos fundamentais. “Tem-se, assim, uma espécie de dupla face de proteção dos direitos fundamentais: a proteção positiva e a proteção contra omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, como também por deficiência na proteção”.³⁹

Segundo o autor

(...) isso significa afirmar e admitir que a Constituição determina – explícita ou implicitamente – que a proteção dos direitos fundamentais deve ser feita de duas formas: por um lado, protege o cidadão *frente ao Estado*; por outro, protege-o *através do Estado* – e, inclusive, por meio do direito punitivo – uma vez que o cidadão também tem o direito de ver seus direitos fundamentais tutelados em face da violência de outros indivíduos.⁴⁰

É, pois, necessário compreender que o Estado Democrático de Direito impõe uma política de proteção dos direitos fundamentais. Contudo tal proteção há que ser negativa e também positiva.

Nesse diapasão, “pode-se extrair duas importantes vertentes do princípio da proporcionalidade, quais sejam, a proibição do excesso (*Übermassverbot*) e proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*).⁴¹

Recentemente o Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Nº 26, destacou a importância e a necessidade de observância do princípio da proporcionalidade, na vertente da proibição de proteção deficiente. O Ministro Celso de Mello, então relator, em

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. O dever de proteção do Estado (*Schutzpflicht*). O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes? **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1840, 1 jul.2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11493>. Acesso em: 2 jun. 2019.

³⁹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p.127.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. O dever de proteção do Estado (*Schutzpflicht*). O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes? **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1840, 1 jul.2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11493>. Acesso em: 2 jun. 2019.

⁴¹ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p.127.

voto lapidar, estribando-se na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, assim pontuou:

Na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a utilização do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente pode ser encontrada a seguinte decisão sobre o aborto (BverfGE' 88, 203 1993). O Bundesverfassungsgericht' assim se pronunciou: O Estado, para cumprir com seu dever de proteção, deve empregar medidas suficientes de caráter normativo e material, que levem a alcançar – atendendo à contraposição de bens jurídicos – a uma proteção adequada, e como tal, efetiva (proibição de insuficiência). [...] É tarefa do legislador determinar detalhadamente, o tipo e a extensão da proteção. A Constituição fixa a proteção como meta, não detalhando, porém, sua configuração. No entanto, o legislador deve observar a proibição de insuficiência [...]. Considerando-se bens jurídicos contrapostos, necessária se faz uma proteção adequada. Decisivo é que a proteção seja eficiente como tal. As medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis [...] Os mandados constitucionais de criminalização, portanto, impõe ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.⁴²

Nesse viés, ou seja, da vedação da proteção deficiente, os direitos fundamentais não podem ser protegidos de maneira insuficiente. O Estado não pode se omitir diante dos mandados constitucionais de criminalização. Em suma, a compreensão da proporcionalidade em suas duas vertentes exige que tanto a norma penal quanto as decisões judiciais não se afastem desses vetores, caso contrário, estarão em desacordo com os ditames de um Estado Democrático de Direito.

Revisitado, pois, o tema da proporcionalidade, cabe uma reflexão sobre a proteção penal dada à liberdade religiosa, visando à compreensão dessa proteção à luz desse princípio constitucional. Devido à sua importância para a

⁴² ADO 26, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13.6.2019. Ata de julgamento publicada no Dje de 1º.7.2019.

sociedade e tendo sido previsto de forma explícita pela Constituição Federal de 1988, a liberdade religiosa trata-se de bem jurídico especialmente importante, merecendo atenção do Direito Penal, instrumento qualificado de proteção.

No ordenamento jurídico brasileiro constam tipos penais cuja objetividade jurídica está, direta ou indiretamente, relacionada à religião e à sua prática.

Contudo, é imperioso agora uma análise das penas cominadas a tais delitos, se são proporcionais, ou seja, se o *quantum* previsto em abstrato pela legislação em vigor está em consonância com o sistema constitucional de proteção dupla, qual seja, não poderá haver excesso nem proteção insuficiente ao bem jurídico.

3.2 A tutela penal do sentimento religioso e o respeito aos mortos

O Código Penal de 1940, em seu Título V, dividido este em dois Capítulos, trata dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos.

O Capítulo I diz respeito aos crimes contra o sentimento religioso, prevendo em seu artigo 208 o delito de ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo. O Capítulo II prevê os crimes contra o respeito aos mortos, constantes de quatro artigos, sendo: artigo 209: impedimento ou perturbação de cerimônia funerária; artigo 210: violação de sepultura; artigo 211: destruição, subtração ou ocultação de cadáver e artigo 212: vilipêndio a cadáver.

No item 68 da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal, há o esclarecimento dessa opção legislativa ao argumento de que é incontestável a afinidade entre os crimes contra o sentimento religioso e os crimes contra o respeito aos mortos, classificados como espécies do mesmo gênero, concluindo que “o sentimento religioso e o respeito aos mortos são valores ético-sociais que se assemelham. O tributo que se rende aos mortos tem

um fundo religioso. Idêntica, em ambos os casos, é a *ratio essendi* da tutela penal”.⁴³

Os dispositivos do Título V do Código Penal Brasileiro foram recepcionados pela Constituição de 1988, (eis que esse contém normas infraconstitucionais anteriores que não conflitam com o texto constitucional), tendo, portanto, recebido um novo fundamento de validade,⁴⁴ conforme disposto no inciso VI do artigo 5º do texto constitucional, que assevera ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.⁴⁵

De forma expressa, a CRFB/88 concebeu como direito fundamental a liberdade religiosa sob o aspecto liberdade de consciência que consiste no poder de escolha entre o ateísmo e a adesão a uma religião assim como da liberdade de praticar a religião escolhida, de forma individual ou junto à comunidade.⁴⁶

Inegável que o Título V do Código Penal brasileiro estabelece a tutela penal da liberdade religiosa em seus dois aspectos acima delineados, coadunando com as disposições constitucionais, tendo havido, portanto, a recepção de tais condutas típicas pela nova ordem constitucional.

A legislação penal brasileira teve como ponto de partida o Código Criminal do Império, promulgado em 16 de dezembro de 1830, no qual era tratada a questão religiosa basicamente no Capítulo I da sua Parte Quarta, tratando das Ofensas da Religião, da moral, e Bons Costumes, conforme se vê nos artigos 276 a 278, nos quais eram vedadas a celebração de outra religião que não a oficial do Estado; o abuso ou a zombaria de qualquer culto estabelecido no Império e a propagação por qualquer meio de doutrina contrária à religião oficial

⁴³ BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 jun. 2019c.

⁴⁴OMMATI, José Emilio Medauar. **Teoria da constituição**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2019.

⁴⁵BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 30 jun. 2019e.

⁴⁶RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

do Império. As penas cominadas eram de dispersão dos envolvidos, demolição dos locais utilizados para o culto, multas e prisão que poderia chegar a um ano.⁴⁷

Não havia respeito à liberdade religiosa, portanto, sendo a Religião Católica a religião oficial do Império, imposta pelo Estado. Conforme aponta José Henrique Pierangeli⁴⁸, o Código Criminal do Império do Brasil teve repercussão expressiva na Europa, apontando dentre outros motivos o estabelecimento de progressiva demarcação de áreas entre a moral e o direito.

Com o Decreto 847, de 11 de outubro de 1890 foi instituído o Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, trazendo em seu Título IV, Capítulos II e III, respectivamente os crimes contra a liberdade pessoal e os crimes contra o livre exercício dos cultos.

O artigo 179 cominava pena de prisão celular por um a seis meses, além das mais em que pudesse ocorrer aquele que perseguisse alguém, por motivo religioso ou político.

Nos artigos 185 a 188 a proteção penal à liberdade religiosa já se fazia presente, tanto em relação à liberdade de consciência quanto à prática dos cultos, conforme se vê nas condutas típicas de “ultraje a qualquer confissão religiosa, a seu ato ou objeto de culto”, ao qual era cominada pena de um a seis meses (Art. 185); ‘Impedimento de celebração religiosa’, cuja pena prevista em abstrato era de prisão de dois meses a um ano (Art. 186); “Ameaça ou injúria contra ministro de qualquer confissão religiosa”, punido com prisão de seis meses a um ano (Art. 187). Por fim, havia a previsão de aumento de pena e aplicação do cúmulo material, sempre que o fato fosse acompanhado de violência.⁴⁹

⁴⁷BRASIL. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**. Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acesso em: 30 jun. 2019b.

⁴⁸PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

⁴⁹BRASIL. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**. Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acesso em: 30 jun. 2019b.

Antecedendo ao Código Penal de 1940, cuja Parte Especial ainda se encontra em vigor, a Consolidação das Leis Penais foi aprovada e adotada pelo Decreto 22.2013, de 14 de dezembro de 1932, vigorando até a entrada em vigor do atual Código Penal.

Por se tratar de uma consolidação, mantidas foram as disposições penais dos artigos 179, e 185 a 188 do Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, chamando a atenção o fato de que as ofensas ao respeito aos mortos eram previstas como contravenções penais, constantes, respectivamente, dos artigos 365 e 366. O primeiro descrevia a conduta de profanar cadáver; praticar sobre ele, antes ou depois da inumação, qualquer desacato tendente a quebrantar o respeito devido aos mortos e violar ou conspurcar as sepulturas, cuja pena em abstrato cominada era de prisão de dois meses a um ano.

Por sua vez, o artigo 366 cominava pena de prisão de um a três meses à conduta de danificar, de qualquer modo, os mausoléus, lousas, inscrições e emblemas funerários.

Como se vê das disposições acima, a violação de sepultura e a profanação de cadáver eram vistas como simples contravenções, tendo sido erigidas ao *status* de crime com o Código Penal de 1940.

3.3 O direito penal moderno e a proteção da liberdade religiosa

O Brasil não discrimina nenhuma religião, sendo, portanto, um país laico, conforme garante o texto constitucional em vigor. Contudo, no plano da efetividade do direito de liberdade religiosa, ainda se observam as faces da intolerância, as quais se mostram através de agressões físicas que chegam à tentativa de homicídio; agressões morais, danos materiais que vão de depredações e destruições de imagens sacras a casos mais graves praticados com emprego de fogo.

Recente balanço divulgado pelo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) mostra que no Brasil os números da intolerância religiosa são muito altos. No ano de 2018, o Disque 100 (Disque Direitos Humanos) registrou 506 (quinhentos e seis) casos dessa natureza.⁵⁰

Em que pese a diminuição dos casos, se comparado a 2017, quando foram registrados 537 (quinhentos e trinta e sete) casos, os números permanecem altos e há, ainda, que ser considerada a taxa de subnotificação, que também é elevada, o que requer uma reflexão sobre a efetividade da proteção dispensada pelo Estado ao direito de liberdade religiosa.

Conforme mencionado, sendo o “sentimento religioso” e o “respeito aos mortos” valores ético-sociais que guardam semelhança, a proteção penal desses bens jurídicos pode ser vista como a tutela da liberdade religiosa por intermédio do Direito Penal. Esse direito fundamental, nas palavras de Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais:

Consiste em gênero do qual derivam diversas categorias, podendo-se destacar, dentre outras: a liberdade de professar a própria crença; o direito à privacidade religiosa; a liberdade de informar e se informar sobre religião; o direito à assistência religiosa em situações especiais: o direito de produção de obras científicas sobre religião; o direito à objeção de consciência por motivo de crença religiosa; a liberdade de exercício das funções religiosas e de culto.⁵¹

Ao tipificar em seu artigo 208 a conduta de “escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso” cominando uma pena de detenção que varia de um mês a um ano, e de forma alternada a multa, está o Código Penal Brasileiro tutelando o

⁵⁰BRASIL. **Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/ouvidoria/dados-disque-100/denuncias-2011-a-2017-discriminacao-religiosa.xlsx/view>. Acesso em: 26 jun. 2019h.

⁵¹MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. **Liberdade religiosa: o ensino religioso na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 29.

direito à liberdade religiosa, assim como faz nos artigos 209 a 212, descrevendo comportamentos que atentam contra o respeito aos mortos, os quais estão intimamente ligados à religião.

O direito de liberdade religiosa ainda é tutelado pelo Direito Penal quando trata dos crimes contra a honra, no Capítulo V da sua Parte Especial. Conforme dispõe o § 3º do artigo 140⁵², estará sujeito a uma pena de reclusão de um a três anos e multa, aquele que injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, se tal injúria consistir na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência. Trata-se da injúria preconceituosa, em que o agente, utilizando-se de questões afetas à religião, dentre outras, visa a atingir a honra subjetiva da vítima. A questão religiosa foi incluída no artigo 140 do Código Penal, precisamente em seu parágrafo 3º, através da Lei nº 9.459, de 13 de maio de 1997.

Importante citar também que, fora do Código Penal, a Lei 7.716, de 5 de janeiro de 1989 tipificou os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, tendo sido a religião incluída como uma das elementares de tais delitos, após as alterações trazidas pela Lei 9.459/97.⁵³ Em seu artigo 20, o mencionado diploma legal prevê ainda a pena de reclusão de um a três anos e multa para quem praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

A questão religiosa também é objeto da Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio), que comina em seu artigo 58, inciso I, a pena de detenção de um a três meses àquele que escarnecer de cerimônia, rito, uso,

⁵² “Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro: [...] § 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: Pena - reclusão de um a três anos e multa.” (BRASIL, 2019d).

⁵³ “Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. [...] Art. 3º Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos. Pena: reclusão de dois a cinco anos. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, obstar a promoção funcional.” (BRASIL, 2019g).

costume ou tradição culturais indígenas, vilipendiá-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática.⁵⁴

Tendo a Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso XLII asseverado que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”, houve, por conseguinte, a recepção da Lei 7.716/89, que comina severas penas de reclusão que podem chegar a cinco anos às condutas racistas, ou seja, comportamentos indesejáveis, motivados por discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, podendo ser verificado aqui um exemplo de mandado de criminalização, entendido este como a vinculação do legislador ordinário ao mandamento constitucional que o obriga a proteger de forma suficiente e eficiente determinados bens e interesses. As demais disposições acima comentadas, quais sejam, os artigos, 140 § 3º, artigos 208 a 2012, que tratam da injúria preconceituosa, dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos; e ainda, o artigo 58, I, da Lei 6.001/73 (Estatuto do Índio) que trata de conduta típica cuja objetividade jurídica também abarca a liberdade religiosa, apresentam-se como delitos cujas penas cominadas em abstrato estão desajustadas à realidade atual, ou seja, não exercem sobre seus destinatários o seu poder de dissuasão, de desestímulo à prática do delito.

Aos delitos contra o sentimento religioso, contra o respeito aos mortos, assim como a injúria preconceituosa ou qualificada, em que o elemento utilizado pelo agente se refere à religião, e o previsto no artigo 58, inciso I do Estatuto do Índio, são cominadas penas em abstrato que permitem a aplicação das medidas despenalizadoras previstas na Lei n.º 9.099/95, nos termos do seu artigo 61, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.313, de 28 de junho de 2006, e do artigo 89, que prevê a possibilidade da suspensão condicional do processo.

Nesse raciocínio, o ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo e o impedimento ou perturbação de cerimônia funerária, incluindo-se aqui os indígenas, conforme disposto nos artigos 208 e 209 do Código Penal, e artigo 58, inciso I da Lei n.º 6.001/73 (Estatuto do Índio) são consideradas

⁵⁴BRASIL. **Estatuto do Índio**. Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6001.htm. Acesso em: 30 jun. 2019f.

infrações penais de menor potencial ofensivo, pois a elas são cominadas penas máximas que não ultrapassam dois anos.

Conclui-se que, não havendo no caso concreto a ocorrência de concurso formal impróprio ou mesmo de concurso material, como por exemplo, quando o agente provoca na vítima, intencionalmente, lesões corporais graves, agredindo-a com o fim de escarnecê-la por motivo de crença ou função religiosa, esses delitos serão de competência do Juizado Especial Criminal, podendo ser aplicados os institutos despenalizadores da referida lei.

Noutro giro, o preceito secundário dos artigos 210, 211 e 212 do Código Penal, os quais tipificam as condutas de violação de sepultura; a destruição, subtração ou ocultação de cadáver e o vilipêndio a cadáver, comina pena mínima de 1 (um) ano de reclusão, sendo possível a proposta de suspensão condicional do processo, o chamado *sursis* processual, se preenchidas as condições objetivas e subjetivas para tanto.

Os delitos em estudo, salvo no caso de concurso, conforme analisado, estão entre aqueles que permitem a aplicação de medidas despenalizadoras trazidas pela Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, a qual instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942, o Código Penal brasileiro não foi objeto de reforma no Título V da sua Parte Especial, que trata dos crimes contra o sentimento religioso e o respeito aos mortos. Apesar dos avanços do *codex*, assim como foi feito nos crimes contra o patrimônio, contra a dignidade sexual, crimes virtuais, dentre outros, no que se refere à tutela penal da liberdade religiosa, não houve qualquer alteração ainda que pontual, ou qualquer adequação ou ajuste ao atual contexto social, cultural e político, em resposta aos anseios de uma sociedade totalmente diferente daquela de 1940.

Necessário se faz um criterioso processo de revisão da lei penal, buscando-se adequá-la às contingências do momento, em face da globalização e dos contornos que o direito de liberdade religiosa exige na atualidade.

A Constituição de 1988, ao nortear a seleção dos bens jurídicos a serem tutelados pela norma penal, e sendo o fundamento de validade de todas as normas que integram o ordenamento jurídico brasileiro, reconheceu a liberdade religiosa como direito fundamental ao mesmo tempo em que albergou os princípios gerais do Direito Penal, entre os quais se encontra o da proporcionalidade que deve ser analisado sob um duplo aspecto, conforme acima ponderado.

Impõe-se, assim, que seja conferida efetividade a esse direito fundamental a fim de que seja protegido de forma eficiente, indo além de uma simples promessa do Estado Democrático de Direito, sendo, pois, necessária a revisão da legislação penal que tem a liberdade religiosa como objeto de proteção.

Não se trata de populismo penal, inflação legislativa, ou de um Direito Penal simbólico que muitas vezes se verifica na atividade desenfreada do legislador ordinário, mas sim de necessidade na sua função de proteção de bens jurídicos, de instrumento formal de controle social e de garantia.

É certo que há fundadas dúvidas sobre o poder de uma legislação mais severa na redução de ataques aos bens jurídicos por ela tutelados. Contudo, não há como negar que a omissão estatal diante de uma legislação retrógrada com a previsão de pífias sanções seja um convite à escalada da violência a que se assiste no meio social. A intolerância, o preconceito e o desrespeito podem não ter origem, mas recebem alento da impunidade ou na punição irrisória prevista em um sistema de justiça criminal que ainda não evoluiu da forma necessária, destoado do ideal contido na nova ordem constitucional.

Enquanto o ser humano não atingir um estágio em que o respeito mútuo impere em todas as situações possíveis na vida em grupo, há que ver no temor da consequência um fator de desestímulo à prática de condutas indesejáveis

pela sociedade, notadamente aquelas que constituem crimes e que podem resultar nas mais graves consequências para quem as pratica, podendo, inclusive, culminar na perda do seu direito de ir e vir em face do *jus puniendi* estatal.

É nesse raciocínio que se aponta a necessidade de ampla reforma da lei penal em face dos delitos que têm como objetividade jurídica o direito de liberdade religiosa, com a estrita observância da proporcionalidade em suas duas vertentes, a fim de que, ao menos, não seja admitida em face de tais figuras típicas, a aplicação das medidas despenalizadoras previstas na Lei n.º 9.099/95.

REFERÊNCIAS

BABIĆ, Mile. O cristianismo: da religião estatal para a liberdade de religião. **Concilium – International Review of Theology**, Petrópolis-RJ: Vozes, n. 367, 2016, p. 13-24.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Martin Claret, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. Lei de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em: 30 jun. 2019a.

BRASIL. **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**. Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm. Acesso em: 30 jun. 2019b.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 jun. 2019c.

BRASIL. **Consolidação das Leis Penais**. Decreto 22.213, de 14 de dezembro de 1932. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D22213.htm. Acesso em: 30 jun. 2019d.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 30 jun. 2019e.

BRASIL. **Estatuto do Índio**. Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6001.htm. Acesso em: 30 jun. 2019f.

BRASIL. **Lei n.º 7.716**, de 05 de janeiro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716compilado.htm. Acesso em: 30 jun. 2019g.

BRASIL. **Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/informacao-ao-cidadao/ouvidoria/dados-disque-100/denuncias-2011-a-2017-discriminacao-religiosa.xlsx/view>. Acesso em: 26 jun. 2019h.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. ADO 26, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13.6.2019. Ata de julgamento publicada no Dje de 1º.7.2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COPETTI, André. **Direito penal e estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRANÇA. Declaração (1789) **Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antigos-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 22 set. 2019.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal: parte geral**. 13 ed. Belo Horizonte, São Paulo, 2020.

GARCIA, Maria da Glória. Liberdade consciência e liberdade religiosa. **Direito e Justiça**, Lisboa, vol. XI, Tomo 2, 1997, p. 79.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 18 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p.125.

GUERREIRO, Sara. **As fronteiras da tolerância: liberdade religiosa e proselitismo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem**. Coimbra: Almedina, 2005.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva**: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos. Coimbra: Coimbra, 1996.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral (arts. 1º a 120) – Vol. 1. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV, direitos fundamentais. 4 ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

MORAIS, Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa. **Liberdade religiosa**: o ensino religioso na Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988. Curitiba: Juruá, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Princípios constitucionais penais e processuais penais**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria da constituição**. 8.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2019.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil**: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RIVERO, Jean; MOUTOUH, Hugues. **Liberdades públicas**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. O dever de proteção do Estado (*Schutzpflicht*). O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes? **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1840, 1 jul.2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11493>. Acesso em: 2 jun. 2019.