

# COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E PONDERAÇÃO: METÓDICA JURÍDICA EM ANÁLISE NO CASO DO ESPECIAL DE NATAL DO PORTA DOS FUNDOS

*COLLISION OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND BALANCING: METHODOICAL  
LEGAL ANALYSIS IN THE CASE OF THE PORTA DOS FUNDOS CHRISTMAS  
SPECIAL*

**William Galle Dietrich<sup>1</sup>**

Doutor em Direito Civil (USP, São Paulo/SP, Brasil)

**Abrahan Lincoln Dorea Silva<sup>2</sup>**

Mestrando em Direito Civil (USP, São Paulo/SP, Brasil)

**ÁREA(S):** direito constitucional; direito civil.

**RESUMO:** O artigo trabalha com o tema da metódica da ponderação e de suas implicações contemporâneas nas colisões de direitos fundamentais no Direito Civil. O seu problema específico é o recurso imediato à ponderação para a solução de casos em Direito Civil – no âmbito prático e no âmbito dogmático –, especialmente quando a ponderação

é a opção que se coloca em detrimento do uso das soluções tradicionais que operam na civilística. Enfrenta o problema por meio de uma abordagem casuística, discutindo a questão através do caso *Centro Dom Bosco v. Porta dos Fundos e Netflix*. Tem como hipótese a incompatibilidade do uso de tal metódica como opção imediata para a solução de problemas de Direito Civil. Busca esclarecer e fundamentar tais pontos e sustentar dogmaticamente

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), como bolsista Capes. Membro da ABDpro. Membro da Rede de Direito Civil Contemporâneo. Professor em Cursos de Pós-Graduação e Extensão em Direito Processual Civil. Professor do programa de pós-graduação da FADISP. Advogado. *E-mail:* galledietrich@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/1240315589737142>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4016-1429>.

<sup>2</sup> Dupla Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e pela Université de Lyon. Pesquisa financiada pela Fapesp em 2019. Membro da Rede de Direito Civil Contemporâneo. Advogado. *E-mail:* ablincoln1844@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/7191542974226012>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0006-5746-7383>.

o equívoco das posições contrárias, que partem do pressuposto equivocado da existência de uma constante e inescapável tensão entre direitos, de modo que a concretização de um direito sempre implica desatender outro. Faz-se uso de revisão bibliográfica, pesquisa empírica de jurisprudência e método dedutivo.

**ABSTRACT:** *The paper deals with balancing method and its contemporary implications in the collisions of fundamental rights in Private Law. Its specific problem is the immediate appeal to balancing method for the solution of cases in the Private Law field – both in the practical and in the dogmatic scope –, especially when the balancing is the option that is put to the detriment of the use of traditional solutions that operate in Private Law. It explores the problem through a case-by-case approach, discussing the issue through the case of Centro Dom Bosco v. Porta dos Fundos and Netflix. Its hypothesis is the incompatibility of the use of such a method as an immediate option for the solution of Private Law problems. Furthermore, it seeks to clarify and substantiate such points and dogmatically support the misunderstanding of opposing positions, which start from the mistaken assumption of the existence of a constant and inescapable tension between fundamental rights, so that the realization of a right always implies disregarding another. Literature review, empirical jurisprudence research and deductive method are used.*

**PALAVRAS-CHAVE:** ponderação; direito civil; colisão de direitos fundamentais; liberdade religiosa; liberdade artística.

**KEYWORDS:** *balancing; private law; collision of fundamental rights; religious freedom; artistic freedom.*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A metódica da ponderação em evidência na Civilística; 2 Casuística: especial de Natal Porta dos Fundos; 3 Delimitação do âmbito de proteção da liberdade religiosa; Conclusão; Referências.

**SUMMARY:** *Introduction; 1 The method of weighting in evidence in Private Law; 2 Case analysis: Porta dos Fundos Christmas Special; 3 Delimitation of the scope of protection of religious freedom; Conclusion; References.*

## INTRODUÇÃO

**O** modo como o termo ponderação se disseminou no Direito brasileiro é notável. No Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, verifica-se o uso da palavra pela primeira vez há quase 30 (trinta) anos (STJ, REsp 31.550/SP, 4ª Turma, Rel. Mín. Rel. Ruy Rosado de Aguiar, J. 31.05.1994, DJ 01.08.1994). Desde então, é possível observar no termo a consolidação de uma verdadeira gramática na atividade jurisdicional do

Poder Judiciário brasileiro, fazendo com que o tema seja digno de uma atenção cada vez maior. A matéria é complexa, já que, na *práxis* brasileira, a ponderação é incontornável sob a perspectiva semântica<sup>3</sup> e transita nas mais variadas áreas (direito penal, administrativo, tributário e *così via*), valendo destacar os seus dois significados mais comuns: é utilizada com o seu sentido léxico/ordinário, como, por exemplo, quando é balizadora para a comparação/quantificação de valores – utilizada, portanto, no sentido daquele que procura uma situação de *equilíbrio* ou *sensatez* na ponderação (= mensuração/avaliação) de um caso –, como também vem sendo empregada quando se fala em colisão de normas, especialmente os direitos fundamentais.

Nessa linha, sabendo da complexidade e da amplitude do tema, o presente artigo delimita sua abordagem ao Direito Civil. Segregado em três partes, o desenvolvimento da abordagem segue o seguinte curso: em um primeiro tópico, busca-se a identificação de uma conexão entre a escola do Direito Civil Constitucional e o recurso à ponderação de normas como uma inclinação metódica em ascensão no Brasil; em segundo, pretende-se mostrar como esse referencial tem operado na prática, com um recurso casuístico à ação civil pública movida pelo Centro Dom Bosco em desfavor do Porta dos Fundos e da Netflix; por fim, pretende-se analisar o âmbito de proteção dos direitos que estão sendo ponderados, para averiguar se, de fato, o caso comportava a utilização da ponderação/sopesamento.

O objetivo do estudo é, com isso, lançar uma posição divergente contra uma metódica que – no Brasil – foi elevada ao *status* cimeiro na resolução de casos de Direito Civil, com destaque especial para dois problemas, a saber, (i) o fato de que tal metódica pressupõe o preenchimento de alguns requisitos que eventualmente mostram-se apenas aparentes e (ii) a aposta imediata na ponderação em detrimento dos institutos tradicionais de resolução de casos do Direito Civil. Colocado em outros termos: o artigo apresenta uma objeção ao transporte imediato, porque muitas vezes irrefletidos das discussões tradicionais de Direito Civil para o campo do Direito Constitucional.

---

<sup>3</sup> Por intermédio de autores como Friedrich Müller, Ernst-Wolfgang Böckenförde e Jürgen Habermas, essa crítica também é comum no Direito europeu. Ver, nesse sentido, SILVA, V. A. da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., R. P.; BARBIERI, C. H. C. (org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011. p. 364-366.

## 1 A METÓDICA DA PONDERAÇÃO EM EVIDÊNCIA NA CIVILÍSTICA

A metódica da ponderação tem encontrado um grande espaço no Direito brasileiro, sobretudo por referenciais teóricos que dela necessitam. Observando o caso especificamente dentro do Direito Civil, tem-se nos referenciais do Direito Civil Constitucional um campo bastante fértil para a sua jornada quantitativamente prolífica, vale dizer, percebe-se uma harmonia complementar entre referencial teórico e metódica.

Antes de entrar na discussão de mérito propriamente dita, este estudo precisa prestar esclarecimentos sobre o uso da palavra “metódica” e o uso da expressão “Direito Civil Constitucional”. Com efeito, na Ciência Jurídica brasileira, as palavras “metodologia”, “metódica” e “método” não possuem uma delimitação semântica bem demarcada. Comportam, pois, uma série de usos e possibilidades, potencializada pela complexidade inerente ao Direito mesmo e as problematizações dentro do próprio tema. Comumente, uma metodologia e um método são direcionados a um pesquisador/acadêmico ou a um aplicador (juiz, promotor de justiça, advogado etc.) – daquele, fala-se em metodologia da pesquisa e em métodos tais quais dedutivo, revisão bibliográfica, etc.; deste, fala-se em metodologia da decisão e métodos de interpretação, tais quais gramatical, teleológico, sistemático, etc. É possível se falar ainda – além de metodologia e método – na palavra metódica, que igualmente comporta pluralidade semântica<sup>4</sup>.

Distante de pretender resolver e delimitar tais contornos, este artigo, contudo, não ignora a existência dessa pluralidade semântica. Daí que é preciso especificar em qual sentido a palavra metódica será, aqui, utilizada. Assim, dentro deste estudo a palavra metódica tem o significado de técnica de interpretação de regras e princípios jurídicos<sup>5</sup>, vale dizer, trata-se da investigação do raciocínio empregado para a interpretação/construção do material jurídico inerente ao caso concreto. Por metódica, quer-se remeter à investigação sobre

---

<sup>4</sup> Cf. Otavio Luiz Rodrigues Jr., “a palavra metódica é plurívoca. Ela pode significar (i) um tipo específico de procedimento, (ii) a ciência que estuda os procedimentos científicos ou (iii) a teoria do método, que compreende a investigação, a formação e a transmissão do conhecimento de uma determinada área” (RODRIGUES JR., O. L. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 1).

<sup>5</sup> Em sentido bastante similar a esse, MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Tradução: Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 2-3.

quais os procedimentos que foram utilizados pelo intérprete na produção da resposta jurídica, tais quais, por exemplo, a interpretação gramatical, analogia, proporcionalidade, ponderação, etc.

O segundo acerto semântico necessário envolve o denominado “Direito Civil Constitucional”. É conhecida a ampla e cirúrgica abordagem que Fernando Leal deu ao problema, valendo fazer uso das suas explicações para situar o leitor do significado da expressão. Fernando Leal destaca que o Direito Civil Constitucional pode ser alvo de escrutínio em suas perspectivas descritiva e normativa. Com relação ao elemento descritivo, o movimento apresenta-se como a síntese de dois processos específicos que ocorreriam simultaneamente, a saber, aquele “de retração ou de perda de protagonismo do Código Civil no âmbito do direito privado e no próprio ordenamento jurídico” com aquele “de ascensão ou aumento de importância das Constituições nas ordens jurídicas das democracias ocidentais contemporâneas”<sup>6</sup>.

Dos fundamentos descritivos se seguem as consequências normativas, que podem ser sintetizadas em cinco pilares: (i) a necessária adesão a uma teoria abrangente da Constituição, na qual prescreve-se que os “compromissos valorativos assumidos pelo constituinte funcionam fundamentalmente como limites e programas que condicionam a atuação de atores públicos e privados”<sup>7</sup>; (ii) a adesão a um modelo *forte* de eficácia direta dos direitos fundamentais<sup>8</sup>; (iii) a aposta em uma metódica hostil a quaisquer pretensões mais formais,

<sup>6</sup> LEAL, F. Seis objeções ao direito civil constitucional. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 91-150, maio/ago. 2020, p. 96.

<sup>7</sup> LEAL, F. Seis objeções ao direito civil constitucional. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 91-150, maio/ago. 2020, p. 98.

<sup>8</sup> Fernando Leal não chega a afirmar peremptoriamente que haveria a necessidade de adesão ao modelo *forte* de eficácia direta. Diz o autor apenas que o Direito Civil Constitucional “parte de uma teoria sobre a eficácia dos direitos fundamentais. Nesse caso, entra em cena a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e, como seus corolários, o reconhecimento de que a esses direitos é possível vincular uma eficácia irradiante e uma eficácia horizontal” (LEAL, F. Seis objeções ao direito civil constitucional. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 91-150, maio/ago. 2020, p. 98). Parece, contudo, que é mais acurado fazer a ressalva de que o direito civil constitucional está comprometido com esse modelo de *forte* de eficácia direta, sobretudo por suas reivindicações metódicas e, igualmente, pelos autores que manifestam a sua adesão serem justamente aqueles que tradicionalmente são reputados como os representantes do movimento do direito civil constitucional. Para uma análise das características do modelo *forte* de eficácia direta e para uma visualização dos autores de direito civil que aderem ao modelo, ver RODRIGUES JR., O. L. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 296-303.

fundando suas bases em uma espécie de interpretação casuística, que “busque sempre definir a norma do caso concreto em conformidade com os princípios e os valores do ordenamento”<sup>9-10</sup>; (iv) a elevação da dignidade da pessoa humana ao *status* de fio condutor absoluto na atividade hermenêutica dos operadores do Direito; e, por fim, (v) o compromisso com “determinada concepção sobre a estrutura do sistema jurídico, assentada sobre a centralidade da Constituição, a abertura, a pluralidade de fontes e a unidade”<sup>11</sup>.

Esclarecidos esses conceitos, percebe-se uma compatibilidade entre a metódica da ponderação e o Direito Civil Constitucional. Poder-se-ia dizer até mais, a saber, que há uma *necessidade* de que a ponderação seja o instrumento metódico do Direito Civil Constitucional por excelência, sobretudo pela visão do modelo *forte* de eficácia direta dos direitos fundamentais. Nesse sentido, vale relembrar os 12 (doze) principais fundamentos do modelo *forte* de eficácia direta, catalogados por Otavio Luiz Rodrigues Jr., dos quais é de especial importância, para este texto, aquele que afirma que “a ponderação *não deve ficar limitada* à colisão de direitos, a saber, ‘a casos patológicos de restrição à liberdade individual’”<sup>12</sup>.

Colocado de outra forma: o *approach* fornecido pelo Direito Civil Constitucional tem como premissa a existência de uma constante tensão – ou colisão – entre direitos. Veja-se, a título exemplificativo, aquilo que afirma Daniel Sarmento quando explica que “a essencialidade do bem é um critério importante para a aferição da intensidade de proteção conferida à autonomia privada”<sup>13</sup>. Decerto esse é o motivo que leva o autor a sugerir que todas as relações jurídicas pressupõem um movimento dialético de embate entre a autonomia privada e os direitos fundamentais, de modo que caberia ao julgador o escrutínio daquilo que deverá prevalecer de maneira quase

<sup>9</sup> A questão da aposta em valores flerta com aquilo que se poderia denominar de substancialismo jurídico. Para uma crítica a essa visão, REIS, T. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil-constitucional. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 11, p. 213-238, 2017.

<sup>10</sup> LEAL, F. Seis objeções ao direito civil constitucional. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 91-150, maio/ago. 2020, p. 99-100.

<sup>11</sup> LEAL, F. Seis objeções ao direito civil constitucional. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 91-150, maio/ago. 2020, p. 100-101.

<sup>12</sup> RODRIGUES JR., O. L. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019. p. 300-302.

<sup>13</sup> SARMENTO, D. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 309.

nominalista: “Quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada”<sup>14</sup>.

Isso que acontece na passagem referida *supra*, de Daniel Sarmento, já foi diagnosticado por Joachim Rückert quando, ao traçar as origens e as diferentes visões sobre a ponderação no Direito alemão, sustentou que a ponderação sofreu uma grande transformação funcional. Inicialmente, conforme fora concebida pelo “legalista” Philipp Heck, a ponderação tinha espaço de incidência exclusivamente nas lacunas do direito<sup>15</sup>. Posteriormente, sobretudo a partir de construções de Rudolf Smend, a ponderação consolida-se de maneira totalmente distinta daquela pensada por Heck, uma vez que, de maneira expansiva, ela “enxerga colisões em todos os lugares, por exemplo: liberdade contra liberdade, opinião contra propriedade, proteção de direito fundamental contra interesses da comunidade etc.”<sup>16</sup>. Ou seja, nos últimos anos – e isso é bastante claro no contexto brasileiro – a ponderação passou por uma reconfiguração, sendo alçada ao elemento metódico primeiro para a resolução de qualquer caso. Mas, para que isso tenha triunfado, foi necessário que os juristas passassem a enxergar colisões de direitos em todas as situações jurídicas, exatamente como a lição de Daniel Sarmento sugere. Só existe ponderação na existência de duas situações conflitantes.

De fato, as premissas metodológicas realmente são conciliáveis. Mais do que isso, acabam se retroalimentando: se existem colisões – ou tensões – de direitos em todos os lugares, então a metódica da ponderação é uma necessidade inafastável do trabalho do jurista. Daí por que faz parte constante da própria gramática dos autores mais próximos ao Direito Civil Constitucional o emprego da metódica da ponderação, já que todos os casos jurídicos são observados sob essa perspectiva dialética que tensiona posições, enxergando choques de direitos em todas as situações de fato. A linguagem utilizada é

<sup>14</sup> SARMENTO, D. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 309.

<sup>15</sup> RÜCKERT, J. Ponderação – A carreira jurídica de um conceito estranho ao direito ou: rigidez normativa e ponderação em transformação funcional. Tradução: Thiago Reis. *Revista direito GV*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 240-267, jan./abr. 2018, p. 245.

<sup>16</sup> RÜCKERT, J. Ponderação – A carreira jurídica de um conceito estranho ao direito ou: rigidez normativa e ponderação em transformação funcional. Tradução: Thiago Reis. *Revista direito GV*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 240-267, jan./abr. 2018, p. 259.

bastante marcante nesse sentido, uma vez que os textos sempre observam a solução jurídica a partir de uma (necessária) colisão.

Pode-se citar, a título exemplificativo, o comentário ao art. 232 do Código Civil, em que Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes explicam o dispositivo legal fazendo uso do caso das investigações de paternidade: “Verifica-se com frequência a colisão de bens e valores constitucionais, entre o direito à declaração do estado de filho do investigante e o direito à não submissão à perícia médica do investigado”<sup>17</sup>. Ao enxergar na situação de investigação de paternidade uma colisão de direitos, recorrem à ponderação como metódica para regular a situação, afirmando que “a solução depende da ponderação dos interesses em disputa, buscando garantir aquele que confere maior projeção à dignidade humana, que serve como principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais”<sup>18-19</sup>. Dessa forma, rapidamente a discussão é realocada, saindo do campo do Direito Civil e entrando no campo dos direitos fundamentais.

Sob o referencial de um modelo forte de eficácia direta, dado por meio das bases lançadas pela fecunda corrente do Direito Civil Constitucional, a ponderação tem se consolidado como uma metódica bastante visitada no campo da Civilística. A solução de colisão de direitos tem recebido espaço considerável, ao ponto de que a ponderação caminha (ou caminhou) para deixar de ser um recurso metódico secundário para ser aquele de preferência. A ascensão é manifesta e a hegemonia se avizinha. Ocorre, contudo, que muitas vezes o recurso à ponderação incide em falsas colisões – porque na maioria dos casos elas na mesmo existem –, criando leituras bastante psicologizadas dos problemas jurídicos, já que afasta institutos e metódicas que são muito mais bem delimitados e que garantem maior objetividade para a solução dos casos.

Em outras palavras: nem sempre – ou até mesmo na maioria dos casos – existem colisões de direitos. Um direito de propriedade não está, sempre e necessariamente, em colisão com outros direitos. É o que se pretende

---

<sup>17</sup> TEPEDINO, G.; BARBOZA, H. H.; DE MORAES, M. C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, v. I, 2014. p. 493.

<sup>18</sup> TEPEDINO, G.; BARBOZA, H. H.; DE MORAES, M. C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, v. I, 2014. p. 493.

<sup>19</sup> No mesmo sentido, utilizando inclusive o mesmo exemplo, ROSENVALD, N.; FARIAS, C. C. de. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 13. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 58-61.

demonstrar neste ensaio, a partir dos próximos tópicos, fazendo uso de uma análise casuística de situação que ficou bastante conhecida no Brasil.

## 2 CASUÍSTICA: ESPECIAL DE NATAL PORTA DOS FUNDOS

Brevemente reconstruído, o caso trata de situação em que o grupo humorístico Porta dos Fundos lançou uma sátira – através da plataforma de *streaming* Netflix – em que uma série de dogmas cristãos, especialmente católicos, torna-se alvo de aguda sátira em um especial de Natal. Em face desse conteúdo, o Centro Dom Bosco<sup>20</sup> ajuizou uma ação civil pública com o intento de proibir, já em tutela de urgência, a circulação da produção, bem como condenar ambos os réus ao pagamento de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) de danos morais coletivos – que corresponderia a aproximadamente R\$ 0,02 (dois centavos) por brasileiro que professa a fé católica. Nas palavras veiculadas na petição inicial, parte da causa de pedir dá-se pela produção de os réus relatar Jesus Cristo “como um homossexual pueril, Maria como uma adúltera desbocada, José como um idiota traído”. O apelo sexual da produção deve ser aqui destacado, já que é bastante caro aos cristãos a questão da profunda dimensão virginal da Imaculada – *virginitas corporis, virginitas mentis e virginitas sensus* –, objeto de grande desprezo no conteúdo do especial, uma vez que a retrata mantendo relações adúlteras e depravadas com Deus Pai.

No que toca ao problema de metódica, discutiram-se – passando pela petição inicial até a reclamação de relatoria do Ministro Gilmar Mendes – vários fundamentos jurídicos. A peça inicial trouxe expressamente o art. 422 do Código Civil; o art. 5º da LINDB; o art. 1º, IV e VII, da Lei nº 7.347/1985; e, ainda, os arts. 3º, III, 5º, VI e X, e 221, IV, todos da Constituição Federal. Esses artigos foram mencionados na petição inicial – ainda que alguns de forma panorâmica –, mas não configuraram, por assim dizer, o principal fundamento normativo do seu pedido. Dito de outra forma: embora mencionados, alguns desses dispositivos ocuparam a peça como coadjuvantes, uma vez que a tese central veiculada na inicial apoia-se na existência de uma suposta agressão ao direito fundamental de liberdade religiosa (art. 5º, VI, da CF) e uma colisão com o direito de liberdade de expressão e artística (art. 5º, IV e IX, da CF).

<sup>20</sup> Trata-se de associação civil sem fins lucrativos que trabalha com proselitismo católico, por meio de vendas de livros, cursos, palestras, etc.

Assim como a tese central da petição inicial pautava-se na colisão, a questão, no Judiciário, também passou por essa solução. Na decisão interlocutória que indeferiu a concessão da tutela de urgência, disse a magistrada que “de um lado está o direito à liberdade de expressão artística enquanto corolário da liberdade de expressão e pensamento e de outro a liberdade religiosa e a proteção aos locais de culto e suas liturgias”, de forma que restaria configurada a colisão de direitos. Em face da colisão, afirmou a julgadora que “a melhor técnica ensina que nessas hipóteses, a ponderação de valores diante do caso concreto é o caminho para equacionar o conflito, pois, abstratamente, nenhum dos princípios/direitos é absoluto” (TJRJ, Ação Civil Pública nº 0332259-06.2019.8.19.0001, J. 19.12.2019, DJe 19.12.2019).

O caso não apostou em outra metódica quando levado ao TJRJ. De fundamentação lacônica, a decisão do Desembargador Benedicto Abicair apoiou-se em obra do Ministro Gilmar Mendes<sup>21</sup>, transcrevendo para as razões de decidir o problema da colisão de direitos fundamentais: “Há uma inevitável tensão na relação entre a liberdade de expressão e de comunicação, de um lado, e os direitos da personalidade constitucionalmente protegidos, de outro, que pode gerar uma situação conflituosa, a chamada colisão de direitos fundamentais” (TJRJ, Agravo de Instrumento nº 0083896-72.2019.8.19.0000, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Benedicto Abicair, J. 07.01.2020, DJe 08.01.2020). Embora não tenha falado expressamente de quais direitos estariam em colisão no caso concreto, a metódica da ponderação foi adotada assim como o foi na sentença; o resultado, contudo, foi outro: enquanto a decisão interlocutória de 1º grau indeferiu o pleito de tutela de urgência do autor, a decisão monocrática do TJRJ concedeu-a.

Sem aqui preocupar-se com os detalhes procedimentais, a questão chegou no STF por meio de uma reclamação, promovida pelos réus da ação civil pública, que foi relatada pelo Ministro Gilmar Mendes. Na reclamação, a metódica da ponderação aparece com uma clareza robusta. As expressões “liberdade religiosa”, “liberdade artística” e “liberdade de expressão” aparecem mais de 80 vezes na decisão monocrática, dando o tom de que, de fato, haveria uma colisão entre tais direitos. Das várias passagens que poderiam ser selecionadas, destaca-se aquela em que o Ministro Relator afirma que “ao

---

<sup>21</sup> MENDES, G. F. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 122, 1994.

Poder Judiciário cabe contrabalancear direitos e possíveis tensões existentes – no caso ora apreciado, ponderar acerca dos limites entre liberdade de expressão artística e liberdade religiosa” (STF, Rcl 38.782/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 03.02.2020, DJe 05.02.2020). Por meio da ponderação, o Ministro Gilmar Mendes entendeu que haveria uma prevalência do direito de liberdade artística, de forma que a sua decisão foi a de procedência. A ponderação, assim, marca o caso. Da petição inicial à decisão na reclamação, todos fizeram uso de tal metódica e todos chegaram em resultados distintos, algo que já dá indícios do quão subjetivista se demonstra essa metódica.

De fato, parece fazer bastante sentido – ao menos intuitivamente – que se conclua pela colisão de direitos fundamentais, uma vez que um grupo de humor fez uma sátira com aspectos religiosos. É o impulso imediato que decorre de uma primeira análise do caso. Ocorre que tal impressão não se mantém após uma análise mais detalhada do caso, já que as áreas de proteção dos direitos colocados em discussão não encontram pontos de colisão. E, para tanto, basta analisar apenas um dos direitos fundamentais discutidos, a saber, o direito fundamental de liberdade religiosa. Tal direito tem, sob a perspectiva da dogmática constitucional, um âmbito de proteção bastante rico e com linhas bastante objetivas de delimitação. Isso pode ser observado através de alguns julgamentos paradigmáticos, bem como por aquilo que sustenta a dogmática jurídica. É o que se passa a fazer no tópico subsequente.

### **3 DELIMITAÇÃO DO ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA**

Para que se observe o âmbito de proteção do direito fundamental constante no art. 5º, VI, da CF, dois são os meios mais indicados: primeiro, uma observação na jurisprudência, vale dizer, no modo como o Supremo Tribunal Federal vem aplicando tal dispositivo no decorrer dos anos – sobretudo nos casos mais paradigmáticos; segundo, uma análise em textos de dogmática jurídica.

#### **3.1 JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Uma das situações mais importantes envolvendo o direito fundamental de liberdade religiosa pode ser observado no conhecido “caso Ellwanger” (STF, HC 82.424/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, J. 17.09.2003, DJ 19.02.2004). De tramitação lenta, o caso tratou de situação em que Siegfried

Ellwanger, figurando como escritor e sócio da empresa “Revisão Editora Ltda.”, editou e comercializou obras com material antissemita na feira do livro realizada na Praça da Alfândega (Porto Alegre/RS), em 1996. Entre as obras que foram apreendidas, verificou-se um teor altamente degradante e detratador do povo judeu. Em uma das obras apreendidas, por exemplo, tem-se a seguinte afirmação:

Todos concordam, no entanto, em ver no judeu um perigo universal. Martin Lutero, o grande Reformador alemão, merece destaque especial entre os que se ocuparam da questão judaica. Espírito vigoroso, Lutero a princípio se empenhou na conversão dos judeus. Mais tarde, porém, experiências pessoais o convenceram do contrário, reconhecendo o grande perigo que Judá representava para o povo alemão, e isto já há mais de quatrocentos anos!

Não é novidade que Martin Lutero sustentou ideias que foram fundamentais para a concretização do antissemitismo racial moderno. Sabendo disso, é particularmente agressiva a passagem relatada *supra*, uma vez que o discurso promovido por Siegfried Ellwanger não apenas endossa aquilo que Lutero defendeu<sup>22</sup>, como lamenta que não o defendeu com maior agressividade. É possível observar que Ellwanger percebe em Lutero um equívoco em tentar converter os judeus. Dessa premissa se segue a conclusão implícita: se os judeus não podem ser convertidos/salvos, então é necessário que sejam eliminados.

O caso demonstra uma dimensão bastante importante garantida pelo art. 5º, VI, da CF, a saber, a proteção contra os discursos persecutórios. A garantia da liberdade religiosa, em um Estado não confessional, demanda que esse mesmo Estado salvguarde grupos religiosos de discursos ou atitudes persecutórias. Não é possível exercer *livremente* uma religião se os fiéis são alvos de perseguições, afinal.

---

<sup>22</sup> O reformador já relativizava o direito de propriedade do povo judaico - e sugeria a expropriação de seus bens - muito antes do nazismo efetivamente fazê-lo: ISRAEL, G. *Il fascismo e la razza: la scienza italiana e le politiche razziale del regime*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2010. p. 59-61.

A atuação do STF na delimitação do âmbito de proteção da liberdade religiosa passa, também, pela análise da possibilidade do exercício do proselitismo. Mais de uma década após o julgamento do “caso Ellwanger”, merece especial atenção o caso envolvendo a obra *Sim, sim! Não, não!*, redigida pelo Mons. Jonas Abib. Trata-se de situação em que um sacerdote católico problematiza a questão do espiritismo, de forma que, na exposição da divergência, algumas passagens beiram a beligerância. No voto do Ministro Relator (STF, RHC 134.682/BA, 1ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, J. 29.11.2016, DJe 07.12.2016), fica destacada o seguinte trecho da obra:

O espiritismo não é uma coisa qualquer como alguns pensam. Em vez de viver no Espírito santo, de depender dele e ser conduzida por Ele, a pessoa acaba sendo conduzida por espíritos malignos [...] O espiritismo é como uma epidemia e como tal deve ser combatido: é um foco de morte. O espiritismo precisa ser desterrado da nossa vida [...] não estamos condenando os espíritas, mas o espiritismo. Estamos denunciando a obra covarde, suja, desleal que o inimigo tem feito, enganando muita gente, retirando os filhos de Deus da salvação de Jesus, arrancando os filhos de Deus dos braços de Jesus e os jogando nas garras do lobo.

Em uma primeira leitura, o discurso de Mons. Jonas Abib pode parecer até mesmo mais agressivo e persecutório do que aquele de Siegfried Ellwanger. Ocorre, contudo, que o Ministro Edson Fachin percebeu acuradamente uma diferença fundamental: enquanto um ataca, sugere perseguição e considera que os *judeus* não têm salvação, o outro ataca e condena o *espiritismo*, mas preocupa-se com os “filhos de Deus” (= os espíritas) que estariam sendo ludibriados e enganados. O primeiro é um discurso persecutório, porque ataca as pessoas (no caso, os judeus); o segundo é um discurso proselitista, porque ataca uma doutrina (no caso, o espiritismo). Pode parecer estranho àqueles que são alheios aos debates teológicos, mas o tom mais combativo nas discussões é algo bastante natural na área, afinal de contas está se tratando da condenação ou salvação eterna das pessoas. Nada mais natural do que um sacerdote, ao identificar em uma determinada doutrina um meio de perdição dos filhos de

Deus – e, portanto, porque criaturas do mesmo Pai, dos seus próprios irmãos –, eleve o tom. Em termos seculares, quem não se revoltaria com uma agressão injusta que um familiar sofre? Há, aqui, aquilo que se chamaria de “caridade” em teologia, uma vez que corrigir ou alertar aquele que se perde é um profundo ato de caridade com a sua alma, ainda que isso demande um tom mais áspero.

Assim, o discurso do sacerdote católico passa pela clara diferenciação da condenação do pecado, mas não do pecador – ou, em termos seculares, a diferença entre a mensagem e o mensageiro –, de forma que isso fez com que o STF identificasse cirurgicamente no art. 5º, VI, da CF uma fonte de proteção para os judeus contra um discurso persecutório (*HC 82.424/RS*) e, ao mesmo tempo, a defesa da liberdade do discurso combativo, porque proselitista, do sacerdote católico (*RHC 134.682/BA*).

Alguns outros casos envolvendo o art. 5º, VI, da CF também merecem um breve destaque. No que tange ao âmbito de proteção, há recente e interessante caso que julgou constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permitia o sacrifício ritual de animais celebrações de matriz africana (STF, RE 494.601/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 28.03.2019, DJe 19.11.2019). Em outro caso, a jurisprudência do STF, contudo, estabeleceu exclusões do âmbito de proteção para a liberdade religiosa, quando entendeu que a prática de ilícitos penais não configura o exercício desse direito, sobretudo porque colocam a vida de terceiros em risco. Nesse sentido, há muito já se decidiu que a prática do curandeirismo não se encontra albergada por esse direito fundamental (STF, RHC 62.240/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Rezek, J. 13.12.1984, DJ 02.08.1985).

Vale mencionar, também, que o direito fundamental de liberdade religiosa autoriza “a realização de etapas de concurso público em datas e horários distintos dos previstos em edital por candidato que invoca a escusa de consciência por motivo de crença religiosa”, fazendo-se a ressalva, contudo, de que se mantenha a “igualdade entre todos os candidatos e que não acarrete ônus desproporcional à Administração Pública”<sup>23</sup>. Ou seja, alterações que

---

<sup>23</sup> Trata-se do RE 611.874/DF, em que candidato moveu ação ordinária para obter o direito de fazer a prova física de certame público em data alternativa, invocando ser membro da Igreja Adventista do Sétimo Dia (STF, RE 611.874/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, Red. p/o Ac. Min. Edson Fachin, J. 26.11.2020, DJe 09.04.2021). Nesse sentido, também vale relembrar do caso em que judeus postulavam a troca da data do Enem para data alternativa ao *Shabat* (STF, STA 389/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 03.12.2009, DJe 14.05.2010).

ferem a isonomia entre candidatos também estão excluídas do âmbito de proteção da liberdade religiosa.

Acrescidas a essas exclusões do âmbito de proteção, pode-se falar também em limitações temporárias. É direito fundamental de qualquer fiel frequentar celebrações e praticar seus atos de fé presencialmente, mas esse direito pode ser temporariamente limitado, como o foi, em face de situações excepcionais de saúde pública. Em época de agravamento de pandemia, o STF entendeu que seria constitucional a limitação temporária de tal direito (STF, ADPF 881-MC/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 08.04.2021, DJe 08.04.2021).

### 3.2 A DOGMÁTICA JURÍDICA

Antes relatados, os casos julgados pelo STF trazem, nos seus votos, riquíssimas e complexas orientações de dogmática jurídica. São inúmeros os autores e as lições citados. A razão provável pelas densas fundamentações dá-se pelo fato de que a liberdade religiosa é sempre aspecto polêmico, de forma que os julgadores tendem a preencher o seu ônus argumentativo com maior vagar. Isso significa que o tema, no Brasil, possui farta base literária, razão pela qual esse pequeno tópico necessariamente fará cortes drásticos na escolha dos argumentos de dogmática a serem expostos. Com efeito, usar-se-á como base o texto de Jayme Weingartner Neto. O autor traz um corte analítico bastante claro, especificamente quando passa a tratar da delimitação do âmbito de proteção da liberdade religiosa, a qual se inclui não apenas o inciso VI do art. 5º, mas, também, os incisos VII e VIII.

Analiticamente, o âmbito de proteção do direito fundamental de liberdade religiosa pode ser observado em duas dimensões: uma como direito subjetivo, outra como vetor objetivo. No aspecto do direito subjetivo, mais importante para o caso discutido neste texto, pode-se pensar em quatro condutas específicas, a saber, as que são (1) contempladas pelo âmbito de proteção e as que (2) não o são. Dentro das contempladas, tem-se aquelas que são inerentes às (1.1) pessoas naturais e as que são inerentes às (1.2) pessoas jurídicas; dentro das condutas não contempladas, tem-se aquelas que estão (2.1) excluídas e aquelas que são classificadas como (2.2) limitações temporárias<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> Com algumas adaptações feitas neste artigo, parcela considerável das ideias apresentadas na delimitação do âmbito de proteção são preponderantemente extraídas do seguinte texto: Weingartner

Sem a pretensão de esgotá-las, pode ser dito que a liberdade religiosa da pessoa natural contempla a (1.1.1) liberdade de ter religião; (1.1.2) liberdade de *professar* a própria crença – fazendo proselitismo, a exemplo do caso do Mons. Jonas Abib; (1.1.3) direito de não ser perseguido – a exemplo do caso de Siegfried Ellwanger; (1.1.4) liberdade de culto – daí por que a tipificação do crime de ultraje ao culto, constante no art. 208 do CP; (1.1.5) direito à *privacidade religiosa* – advindo daqui a tutela do *Sacramentale sigillum*<sup>25</sup>, previsto no art. 207 do CPP; (1.1.6) direito de objeção de consciência – tutelado também no art. 143, § 1º, CF e nos casos mencionados envolvendo a alteração de data para o cumprimento de etapas em concursos públicos; (1.1.7) direito de apostasia, heresia e cisma<sup>26</sup>, etc.

No âmbito da pessoa jurídica, pode-se falar em (1.2.1) auto-organização; (1.2.2) autojurisdição – a exemplo da jurisdição canônica no que toca à validade de sacramentos, excomunhão, etc.; (1.2.3) proselitismo institucional; (1.2.4) fundar seminários e estabelecer diretrizes de formação sacerdotal; (1.2.5) criar

---

Neto, J. Comentário ao artigo 5º, VI a VIII. In: CANOTILHO, J. J. G. et al. (org.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 277-278. Também foram consultadas as seguintes obras para formar a divisão exposta: MARTINS, L.; DIMOULIS, D. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021; SILVA, V. A. da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010; MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013; SCHLINK, B. Liberdade mediante resistência à intervenção estatal: reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 11, p. 262-297, 2017.

<sup>25</sup> É o segredo absoluto a que está obrigado o confessor acerca do que ouviu na confissão. Tem rígida tutela no Código Canônico: “Cân. 1388 - § 1. O confessor que violar directamente o sigilo sacramental, incorre em excomunhão *latae sententiae*, reservada à Sé Apostólica; o que o violar apenas indirectamente seja punido segundo a gravidade do delito” (VATICANO. *Código de direito canônico*. Versão portuguesa. 4. ed. Braga: Editorial Apostolado da Oração, 1983).

<sup>26</sup> Proibidos pelo Direito canônico, mas salvaguardados pelo direito constitucional. O indivíduo tem constitucionalmente o direito de ser um apóstata, um herege ou um cismático. As definições são as seguintes: “Cân. 751 - Diz-se heresia a negação pertinaz, depois de recebido o baptismo, de alguma verdade que se deve crer com fé divina e católica, ou ainda a dúvida pertinaz acerca da mesma; apostasia, o repúdio total da fé cristã; cisma, a recusa da sujeição ao Sumo Pontífice ou da comunhão com os membros da Igreja que lhe estão sujeitos” (VATICANO. *Código de direito canônico*. Versão portuguesa. 4. ed. Braga: Editorial Apostolado da Oração, 1983). Sobre o tema da heresia, menciona-se a recente questão envolvendo a promoção de razões heréticas por um grupo pró-aborto autodenominado de “Católicas pelo direito de decidir”, que foi alvo de argumentação bastante interessante de Ingo Sarlet e Jayme Weyngartner Neto em: Liberdade de expressão, religião e o papel do Estado-juiz. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 6 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-06/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-religiao-papel-estado-juiz>. Acesso em: 2 dez. 2021.

escolas ou instituições de caráter confessional – a exemplo da instituição de caráter confessional presbiteriano Mackenzie ou das Pontifícias Universidades Católicas; (1.2.6) inviolabilidade dos templos, etc.

Estão excluídos do âmbito de proteção (2.1.1) o direito de perseguir; (2.1.2) reunião armada; (2.1.3) imposição de credo; (2.1.4) imposição de risco à vida/saúde de terceiro – a exemplo das práticas de curandeirismo, charlatanismo e demais derivações do fideísmo tipificadas no Código Penal, etc. Por fim, pode ser (2.2) limitado temporariamente algum direito, como, por exemplo, o de liberdade ao culto (1.1.4, *supra*) por ocasiões específicas e contingenciais, como a situação da Covid-19.

### 3.3 A SÁTIRA E A ÁREA DE PROTEÇÃO

Não existe nenhuma novidade no escárnio e no deboche com a religião. É, talvez, uma das atividades mais antigas da civilização, já que uma das primeiras sátiras ao cristianismo foi elaborada possivelmente entre os séculos I e III, com o conhecido grafite de Alexamenos. O grafite apresenta um homem crucificado, mas no lugar da cabeça humana tem-se a cabeça de um burro. À esquerda aparece outro homem, que levanta a mão parecendo saudar a cruz. Sob a cruz, há uma legenda em grego – Αλεξαμενος ζεβετε θεον – que significa “Alexamenos adora seu Deus”<sup>27</sup>. Uma das possíveis explicações para a sátira é o fato de que, na crucificação, a vítima tradicionalmente ficava com os pés ao lado da base – e não em frente, como os crucifixos tradicionalmente representam na atualidade – dando a impressão de que a vítima “cavalgava” o instrumento de tortura.

Não é diferente com as outras duas grandes religiões conhecidas no ocidente: os judeus ainda carregam o estigma e suportam constantes ironias com sua suposta idolatria por dinheiro (como se pode ver, a título meramente exemplificativo, nos episódios do desenho *Family Guy*)<sup>28</sup> ou com o seu estereótipo físico, ao passo que o islamismo também é constantemente alvo de

<sup>27</sup> HENGEL, M. *Crocifissione ed espiazione*. Brescia: Paideia Editrice, 1988. p. 52.

<sup>28</sup> Ironia essa que vem do estigma milenar de os judeus terem sido os responsáveis pela prática do Deicídio, que os isolou de outras atividades sociais. Nesse sentido, “*é facile comprendere le radici sociologiche e culturali di questo fenomeno. Secoli di provvedimenti discriminatori antisemiti avevano lasciato gli ebrei liberi di sviluppare soltanto due tipi di attività: il commercio e la lettura dei libri sacri*” (ISRAEL, G. *Il fascismo e la razza: la scienza italiana e le politiche razziale del regime*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2010. p. 74).

sátiras envolvendo questões de terrorismo e o tratamento que dá às mulheres<sup>29</sup>. Descontados os mórbidos achaques daqueles que ironizam o próprio Holocausto, ou as eventuais violações dos direitos humanos promovidas por linhas mais extremistas do Islamismo, ou, ainda, as blagues que transitam entre o mero mau gosto e a promoção de perseguição, fato é que a provocação à religião é uma atividade bastante comum no cotidiano.

Com efeito, nos tópicos anteriores este artigo visou a delimitar – por meio da jurisprudência do STF e da dogmática jurídica – aquilo que se pode estabelecer minimamente como consenso sobre a área de proteção do direito fundamental de liberdade religiosa. Falou-se sobre as questões que estão protegidas por esse direito fundamental, assim como se falou daquelas que estão excluídas ou temporariamente limitadas. Propositalmente, se deixou aberta, afinal, a questão da sátira: Tem, o fiel, o direito fundamental de não ser satirizado? A sátira efetivamente ofende a liberdade religiosa de outrem?

A resposta, que agora se dá, é negativa. Parece, aliás, não existir qualquer precedente nesse sentido. A liberdade religiosa não contempla, em seu âmbito de proteção, a possibilidade de não ser satirizado. Conforme observado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assim como nos argumentos de dogmática apresentados, há um fio condutor que une as decisões e as posições de doutrina. Para compreender esse fio condutor, é preciso antes perguntar: Por que existe algo como a liberdade religiosa? Os casos relatados *supra* demonstram que o intuito mesmo de tal garantia tem uma explicação com base em um elemento gramatical bastante eloquente: a liberdade religiosa garante aos indivíduos que exerçam *livremente* a sua fé. Um judeu não consegue exercer a sua fé com *liberdade* em uma sociedade que admite a promoção de discursos ou atos persecutórios (HC 82.424/RS); um teólogo precisa ter garantida a sua *liberdade* de fazer proselitismo, inclusive apontando aguerridamente o erro de outras doutrinas (RHC 134.682/BA); é preciso garantir que os fiéis exerçam os seus ritos e a sua liturgia *livremente* (RE 494.601/RS); que os sacerdotes não sejam coagidos a violar os seus princípios, como o *Sacramentale sigillum* (art. 207 do CPP) e *così via*.

---

<sup>29</sup> Atualmente, um dos maiores comediantes que trata do tema é Jeff Dunham (com 3,4 milhões de inscritos em seu canal do Youtube), com o personagem *Achmed* – um boneco de ventríloquo terrorista que, após executar o seu ataque suicida, passa a dar entrevistas *post mortem*.

Em outros termos, a *liberdade* religiosa visa à garantia do exercício *livre* da fé; procura impedir que o Estado promova uma religião em detrimento de outra; almeja, no limite, estabelecer um *status* em que o fiel não seja coagido a deixar de exercer ou de falar de sua fé, seja ela qual for. Assim, observando (i) a construção do próprio Supremo Tribunal Federal sobre os casos; (ii) aquilo que diz a dogmática jurídica; e, por fim; (iii) a própria razão de existência do direito fundamental, tem-se a conclusão de que o especial do Porta dos Fundos – e sua sátira – não agrediu esse núcleo da liberdade religiosa. Ninguém foi proibido de ir a uma missa ou a um culto por causa do especial. Não há notícias de que alguém foi coagido a não exercer a sua fé. Em verdade, a esmagadora maioria dos Cristãos (e da própria sociedade) nem mesmo soube da existência dessa questão<sup>30</sup>.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, no seu já clássico *Curso de direito constitucional*, fazem um alerta bastante importante. Dizem que “muitas questões tratadas como relações conflituosas de direitos configuram *conflitos aparentes*, uma vez que as práticas controvertidas desbordam da proteção oferecida pelo direito fundamental em que se pretende buscar abrigo”<sup>31</sup>. Esse parece ser, pois, o caso. Jamais ocorreu uma colisão de direitos fundamentais no caso *Centro Dom Bosco v. Porta dos Fundos e Netflix*, já que o âmbito de proteção da liberdade religiosa não contempla a possibilidade de não ser satirizado. Nesse ponto, concorda-se com o que Gilmar Mendes escreveu em seu livro; mas, respeitosamente, discorda-se do modo como decidiu o caso.

Assim, revisitando a estrutura até aqui proposta, buscou-se demonstrar que há uma *necessidade* de que a ponderação seja o instrumento metódico do Direito Civil Constitucional por excelência, sobretudo pela visão do modelo *forte* de eficácia direta dos direitos fundamentais. Ou seja, há uma predisposição para o recurso à ponderação nesse referencial teórico, que é aquele que mais ganha território no Direito brasileiro (primeiro item). Mostrando-se como o caso *Centro Dom Bosco v. Porta dos Fundos e Netflix* ocorreu (segundo item), procurou-se, por fim, elucidar que metodologicamente o apoio na ponderação

<sup>30</sup> Motivo que, aliás, é alvo de lamentação por um dos integrantes do grupo de humor.: Disponível em: <https://oglobo.globo.com/cultura/revista-da-tv/gregorio-duvievier-reage-abaixo-assinado-contra-porta-dos-fundos-24128992>. Acesso em: 2 dez. 2021.

<sup>31</sup> MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 235.

no caso foi um equívoco metódico, sobretudo por ter partido de uma incauta assunção de uma colisão que se mostrou meramente aparente (terceiro item).

Conforme demonstrado nas passagens de dogmática citadas neste estudo, percebe-se no Brasil uma adesão crescente à tese de que direitos estão sempre em colisão. Havendo essa colisão, é necessário *ponderar* o direito que deve prevalecer e, no Direito Civil, isso tem implicado, no mais das vezes, alterar o campo da discussão: do Direito Civil – e seus institutos – leva-se a discussão para as bases do Direito Constitucional.

## CONCLUSÃO

Uma das grandes marcas dos tempos atuais é a desconsideração da tradição. Os mais de dois mil anos de civilização deixaram construções e bases para o indivíduo, sendo elas econômicas, políticas, teológicas e, claro, jurídicas. Há uma grande tradição que precede a atualidade, que pontua, enfim, que estabelece a própria gramática e o modo como os problemas contemporâneos são colocados. Há, contudo, uma inclinação moderna bastante preocupante em desprezar toda essa tradição e colocar a década vigente como um fim em si mesmo. Tende-se a intuir que tudo aquilo que tem mais do que alguns anos é material retrógrado, empoeirado e inútil.

Questões como plataformas de *streaming* e serviços de acesso condicionado são, de fato, novidades. Assim como é a ponderação enquanto metódica. Aquelas, surgida na última década; está, surgida desde a metade do século passado, entrando no Direito Civil brasileiro, propriamente dito, nas últimas 2,5 décadas. A ponderação, aliás, entra como elemento positivado na legislação apenas no ano de 2015, com o CPC (art. 489, § 2º, do CPC). Se o material normativo e algumas questões acidentais de tecnologia são novos, os fatos nem tanto. Como visto, a sátira com a religião é elemento que percorre os séculos na história.

A ideia central deste texto foi, então, nesse sentido: se as questões acidentais dos problemas jurídicos eventualmente são novas – como a questão do veículo de transmissão –, as questões centrais tendem a não ser. No ímpeto de descobrir a pólvora da década, muitos problemas jurídicos, que seriam plenamente tratados pelos institutos tradicionais do direito, são lançados no campo das novidades que não resolvem os problemas, mas criam ainda mais.

O caso aqui analisado parece ser um claro exemplo disso. Uma questão que envolvia uma possível violação da honra coletiva dos cristãos – e que, portanto, teria nos respectivos institutos as melhores soluções – acabou sendo tratada por meio de elementos que lhe são estranhos, com uma metódica bastante problemática, contestada e amorfa, partindo de uma colisão que simplesmente é inexistente. É meramente sintomático o fato de que uma questão como o especial do Porta dos Fundos – que claramente é uma disputa sobre honra coletiva, regulada pelo direito civil – tenha deixado de lado o seu âmbito adequado de discussão, sendo solucionada por elementos de avaliação de direitos fundamentais. Daí por que uma discussão tipicamente pertencente ao STJ jamais passou por lá, tendo sido resolvida no STF – ou, no limite, deveria ser reconfigurada no STF para, talvez, se falar em uma eventual agressão ao âmbito de proteção do direito fundamental à honra (art. 5º, X, da CF). Essa possibilidade, contudo, já ensejaria outra discussão.

Não se pretende ignorar a existência da ponderação, que está democraticamente positivada no art. 489, § 2º, do CPC. Nem mesmo se sustenta o despautério de que o Direito Civil deve-se isolar do Direito Constitucional. O ponto é que os elementos acidentais e as novidades jurídicas devem ser aplicados na efetiva existência de novidades e os diálogos entre as áreas deve ser feito com método, observando critérios e necessidades. Entregar todos os conflitos civilísticos para a ponderação, pressupondo que as colisões acontecem sempre e inevitavelmente, é, no mínimo, um equívoco e, no limite, a destruição de toda tradição do Direito Civil. Quando os casos são repetições de coisas que o direito de há muito já consolidou pela tradição jurídica, a resposta deve seguir o caminho já trilhado, de forma a aproveitar os benefícios que a tradição nos fornece. A ponderação não é um fim em si mesmo e não há motivos para alçá-la a elemento metódico primeiro para a solução dos casos, ou, em uma frase, *a solução para a ponderação é saber que a ponderação não é a solução para tudo (especialmente no Direito Civil)*. Como observado, contudo, as correntes mais adotadas do Brasil têm como *necessidade* o seu uso, justamente por suas premissas de que todos os casos são sempre casos de colisões e tensões entre direitos.

A ponderação pode e talvez até mesmo deva ser utilizada no Direito Civil, mas quando preenchidos os seus requisitos mínimos (como, por exemplo, a efetiva ocorrência de uma colisão de direitos fundamentais), em casos excepcionais e prestados os devidos esclarecimentos metódicos de o porquê

outras soluções típicas do Direito Civil foram deixadas de lado. Do contrário, os institutos clássicos de Direito Civil continuam sendo o lugar preferencial de resolução de casos. Cada metódica no seu respectivo espaço.

Em uma figura de linguagem bíblica, acompanhando o tom das questões discutidas neste texto, *o que é de César, devolvi a César, e o que é de Deus, a Deus* (Mt. 22:21).

## REFERÊNCIAS

HENGEL, M. *Crocifissione ed espiazione*. Brescia: Paideia Editrice, 1988.

ISRAEL, G. *Il fascismo e la razza: la scienza italiana e le politiche razziale del regime*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 2010.

LEAL, F. Seis objeções ao direito civil constitucional. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 91-150, maio/ago. 2020.

MARTINS, L.; DIMOULIS, D. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MENDES, G. F. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 122, 1994.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MÜLLER, F. *Métodos de trabalho de direito constitucional*. 3. ed. rev. e ampl. Tradução: Peter Naumann. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

REIS, T. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil-constitucional. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 11, p. 213-238, 2017.

RODRIGUES JR., O. L. *Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

ROSENVALD, N.; FARIAS, C. C. de. *Curso de direito civil: parte geral e LINDB*. 13. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

RÜCKERT, J. Ponderação – A carreira jurídica de um conceito estranho ao direito ou: rigidez normativa e ponderação em transformação funcional. Tradução: Thiago Reis. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 240-267, jan./abr. 2018.

SARLET, I. W.; Weingartner Neto, J. Liberdade de expressão, religião e o papel do Estado-juiz. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 6 nov. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-06/direitos-fundamentais-liberdade-expressao-religiao-papel-estado-juiz>. Acesso em: 2 dez. 2021.

SARMENTO, D. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHLINK, B. Liberdade mediante resistência à intervenção estatal: reconstrução da função clássica dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 11, p. 262-297, 2017.

SILVA, V. A. da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, V. A. da. Ponderação e objetividade na interpretação constitucional. In: MACEDO JR., R. P.; BARBIERI, C. H. C. (org.). *Direito e interpretação: racionalidades e instituições*. São Paulo: Direito GV/Saraiva, 2011.

STF, ADPF 881-MC/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 08.04.2021, DJe 08.04.2021.

STF, HC 82.424/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, J. 17.09.2003, DJ 19.02.2004.

STF, Rcl 38.782/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 03.02.2020, DJe 05.02.2020.

STF, RE 494.601/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 28.03.2019, DJe 19.11.2019.

STF, RE 611.874/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, Red. p/o Ac. Min. Edson Fachin, J. 26.11.2020, DJe 09.04.2021.

STF, RHC 134.682/BA, 1ª Turma, Rel. Min. Edson Fachin, J. 29.11.2016, DJe 07.12.2016.

STF, RHC 62.240/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Rezek, J. 13.12.1984, DJ 02.08.1985.

STF, STA 389/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 03.12.2009, DJe 14.05.2010.

STJ, REsp 31.550/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, J. 31.05.1994, DJ 01.08.1994.

TEPEDINO, G.; BARBOZA, H. H.; DE MORAES, M. C. B. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, v. I, 2014.

TJRJ, Ação Civil Pública nº 0332259-06.2019.8.19.0001, J. 19.12.2019, DJe 19.12.2019.

TJRJ, Agravo de Instrumento nº 0083896-72.2019.8.19.0000, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Benedicto Abicair, J. 07.01.2020, DJe 08.01.2020.

VATICANO. *Código de direito canônico*. Versão portuguesa. 4. ed. Braga: Editorial Apostolado da Oração, 1983.

Weingartner Neto, J. Comentário ao artigo 5º, VI a VIII. *In: CANOTILHO, J. J. G. et al. (org.). Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

Submissão em: 05.07.2022

Avaliado em: 21.09.2022 (Avaliador A)

Avaliado em: 27.04.2023 (Avaliador B)

Avaliado em: 01.05.2023 (Avaliador C)

Aceito em: 28.05.2023