PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

Felipe Penteado Balera

*A Proteção Constitucional da Liberdade Ante a Religiosidade do Terceiro Milênio:
Os Desafios Enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal*

Doutorado em direito

São Paulo - SP

2018

Felipe Penteado Balera

*A Proteção Constitucional da Liberdade Ante a Religiosidade do Terceiro Milênio:
Os Desafios Enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal*

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de DOUTOR em Direito Constitucional sob a orientação do Professor Doutor Livre Docente Luiz Alberto David Araújo

São Paulo – SP
2018

Felipe Penteado Balera

A Proteção Constitucional da Liberdade Ante a Religiosidade do Terceiro Milênio: Os Desafios Enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de DOUTOR em Direito Constitucional sob a orientação do Professor Doutor Livre Docente Luiz Alberto David Araújo

Aprovado em ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

ERRATA

BALERA, Felipe Penteado. *A Proteção Constitucional da Liberdade Ante a Religiosidade do Terceiro Milênio: Os Desafios Enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal*. 2018 (Tese de Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 11 de dezembro de 2018.

Folha	Linha	Onde se lê	Leia-se
5	1ª e 2ª linhas	àqueles que não se abrem	àqueles para os quais não se abrem
14	Nota de rodapé 4, 4º parágrafo, 4ª linha	Exercia	exercia
18	1º parágrafo, 3ª linha	desconhece	desconhecendo
30	Nota de rodapé 32, 1º parágrafo, 1ª linha	aprofundar o a temática	aprofundar a temática
44	2º parágrafo, 12ª linha	erro o	era o
71	3º parágrafo, 4ª linha	ideai	ideia
76	Nota de rodapé 127, 3ª linha	brasileira	brasileiras
79	2º parágrafo, 7ª linha	protege	estabelece
94	Nota de rodapé 187, 1º parágrafo, 2ª linha	LUIZ ANTÔNIO CUNHA	LUIZ ANTÔNIO CUNHA

95	Nota de rodapé 190, 2º parágrafo, 1ª linha	LUIZ ANTÔNIO CUNHA	LUIZ ANTÔNIO CUNHA
104	2º parágrafo, 8ª linha	Leso XIII	Leão XIII
104	3º parágrafo, 4ª linha	urna	uma
123	1º parágrafo, 2ª linha	igualmente a essenciais	igualmente essenciais
127	4º parágrafo, 7ª linha	dano a futuro	dano futuro
128	Nota de rodapé 250, 7ª linha	Acesso em 03.nov.2017.	Acesso em 03.nov.2017).
142	Nota de rodapé 284, 2ª linha	julgado 1949	julgado em 1949
154	Nota de rodapé 314, 9ª linha	Jim Baker	Jim Bakker
156	Nota de rodapé 317, 2º parágrafo, 3ª linha	Limites a liberdade de consciência e crença	“Limites a liberdade de consciência e crença”
177	Nota de rodapé 357, 1ª linha	religiosas	religiosa
183	2º parágrafo, 3ª linha	conforma	conforme
183	4º parágrafo, 2ª linha	IBCRIM	IBCCRIM
188	4º parágrafo, 4ª linha	orientação sexual	identidade de gênero

Dedico o presente trabalho àqueles que não se abrem oportunidades e se limitam os direitos fundamentais.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu orientador Professor Luiz Alberto David Araújo pelos ensinamentos e a colaboração com o desenvolvimento da tese, bem como todos os professores que contribuíram com a minha formação acadêmica na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, desde os primeiros dias da Graduação em Direito, no ano de 2004, passando pelo mestrado, concluído em 2012, até chegar a banca do doutorado.

Agradeço aos meus familiares, que, pacientemente, me ouviram e me ajudaram com preciosas lições, especialmente meu pai, Wagner, fonte de inspiração. Dedico a tese, também, a minha mãe, Vânia, e minha irmã, Fernanda, por todo o carinho e aprendizado, bem como pelo bem-sucedido exemplo de luta e dedicação em favor dos excluídos.

Agradeço à minha esposa, Larissa, pelo amor, carinho, paciência e compreensão nos momentos difíceis e nos finais de semana e feriados dedicados ao trabalho, além da imensurável ajuda na reflexão sobre diversos pontos de vista da tese.

Agradeço aos meus colegas de trabalho, especialmente a minha tia Marta, por toda a compreensão durante o período em que me dediquei à elaboração do presente trabalho.

Por fim, agradeço aos meus amigos pelos sucessivos debates políticos e sociais, que moldaram a linha de pensamento desenvolvida no presente trabalho.

RESUMO

Felipe Penteado Balera

A Proteção Constitucional da Liberdade Ante a Religiosidade do Terceiro Milênio: Os Desafios Enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal

Os direitos fundamentais estão em progressiva evolução, a fim de que se garanta, o quanto antes, liberdade igual a todos. Neste caminho, os preconceitos e discriminações irrazoáveis do ponto de vista constitucional devem ser superados para que se atinja o maior anseio da humanidade, que é a felicidade coletiva. As religiões e os modos de religiosidade também evoluíram e se transformaram na modernidade, permitindo o surgimento de novas crenças e de diversos tipos de intensidade religiosa, cada qual composta por valores e dogmas, por vezes aparentemente não conciliatórios com a felicidade de outros grupos religiosos ou sociais. A liberdade de crer, cultivar e manifestar sua religião, com qualquer intensidade, se insere no avanço dos direitos fundamentais, sendo assegurada na Constituição Federal de 1988. A presente tese procura apresentar soluções conciliatórias para o conflito entre a liberdade religiosa e os outros direitos fundamentais, apreciando as normas constitucionais e os desafios mais recentes enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVE:

liberdade religiosa; laicidade; direitos fundamentais; religiosidade; modernidade; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

Felipe Penteado Balera

The Constitutional Protection of Liberty according to the Religiosity of the Third Millennium: The Challenges Faced by the Supremo Tribunal Federal

Fundamental rights are in progressive evolution in order to guarantee, as soon as possible, equal freedom for all. In this way prejudices and unreasonable discriminations from the constitutional point of view must be overcome to achieve the greatest yearning of humanity, which is collective happiness. Religions and modes of religiosity have also developed and changed in the modernity, allowing the emergence of new beliefs and various types of religious intensity, each of which is composed of values and dogmas, sometimes seemingly non-conciliatory with the happiness of other religious groups or social policies. The freedom to believe, worship and express religion, with any intensity, is part of the advancement of fundamental rights, being guaranteed in the Federal Constitution of 1988. This dissertation attempts to present conciliatory solutions to the conflict between religious freedom and other fundamental rights, appreciating the constitutional law and the most recent challenges faced by the Supremo Tribunal Federal.

KEYWORD:

Religious freedom; secularism; fundamental rights; religiosity; modernity; Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. - DIREITO À LIBERDADE.....	13
1.1 O conceito histórico de liberdade.....	13
1.2 O equilíbrio entre liberdade e autoridade:.....	21
1.3 Liberdade como direito humano	24
1.4 A constitucionalização da liberdade no Brasil.....	36
2. – CONCEITO DE RELIGIÃO E AS FORMAS MODERNAS DE RELIGIOSIDADE	50
3. – A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO FENÔMENO RELIGIOSO	74
3.1 A evolução da proteção à liberdade religiosa no Brasil	74
3.2 O princípio do estado laico	82
3.2.1 O estado laico e a previsão de colaboração com a religião na Constituição de 1988	86
3.2.2 O estado laico e o ensino religioso nas escolas públicas.....	92
3.2.3 O estado laico e o preâmbulo da Constituição	102
3.2.4 O estado laico e os símbolos religiosos nos espaços públicos	108
3.3 Liberdade de crença	112
3.3.1 Limites à liberdade de consciência e crença.....	121
3.4 Liberdade de culto.....	138
3.4.1 Limites à liberdade de culto.....	142
3.5 Liberdade de organização religiosa	148
3.5.1 Limites à liberdade das organizações religiosas.....	153
4. – O CONFRONTO ENTRE LIBERDADE E RELIGIÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	156
4.1 – ADI 4.439 / DF – Ensino religioso nas escolas públicas	157
4.2 - RHC 134.682 / BA E RHC 146.303 / RJ – Proselitismo religioso e discurso de ódio:	164
4.3 - ADPF 54 / DF – Liberdade religiosa e o aborto do feto anencefálico.....	175

4.4 - ADPF 187 / DF – Liberdade de culto e o uso de drogas nas celebrações religiosas	183
4.5 - ADPF 132 / RJ (ADI 4.277 / DF) – Liberdade religiosa e o conceito de família no estado laico	187
4.6 – STA 389-AgR / MG – Liberdade religiosa e a data do ENEM:	193
CONCLUSÕES:	200
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	206

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como intuito estudar formas de conciliação entre a evolução das liberdades individuais e sociais com os modos atuais de religiosidade.

Primeiramente, vamos definir o que se entende por liberdade e quais as formas de expressão religiosa atuais.

Em um segundo momento, estudaremos os dispositivos da Constituição Federal de 1988 que tratam da religião, compreendendo a exata proteção constitucional do fenômeno religioso.

Com as definições da liberdade, dos fenômenos religiosos contemporâneos e da proteção constitucional à religião, vamos identificar a conexão entre a evolução da liberdade e a transformação que as religiões vêm sofrendo e, a partir das decisões que abordaram a temática religiosa, definir como o Supremo Tribunal Federal vem enfrentando o desafio da tolerância religiosa.

Analisaremos o trabalho do Supremo Tribunal Federal, verificando como as entidades religiosas podem participar nas decisões sobre temas caros às suas doutrinas e as formas de manifestação da crença, bem como se o tratamento dispensado pela Corte às instituições religiosas é isonômico ou se prevalecem preferências e privilégios em favor das organizações religiosas mais numerosas ou mais tradicionais.

1. - DIREITO À LIBERDADE

1.1 O conceito histórico de liberdade

Conceituar liberdade é dos trabalhos mais árduos do direito. Embora muitos filósofos e juristas tenham se ocupado decididamente na definição de um conceito para a palavra liberdade, nunca poderemos traduzir com exatidão absoluta o real sentido desta palavra recorrentemente utilizada para a proteção do ser humano. Isto porque, como já identificava JOÃO MANGABEIRA, o conceito de liberdade redefine-se ao longo dos séculos de acordo com os fatos históricos e o desenvolvimento das forças econômicas, sofrendo múltipla interpretação do seu conteúdo ¹.

Com a variação do conceito de liberdade através dos séculos, BENJAMIM CONSTANT, ainda em 1819, já propunha a distinção de duas liberdades: a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos.

Nas palavras do teórico francês, a liberdade dos antigos:

“consistia em exercer coletivamente, mas de forma direta, muitas partes da soberania, em deliberar, em praça pública, sobre a guerra e a paz, em celebrar com estrangeiros tratados de aliança, a votar as leis, em realizar os julgamentos, em examinar as contas, os atos, a gestão dos magistrados, em fazê-los comparecer perante todo um povo, em acusá-los, em condená-los ou em absolve-los. Mas ao mesmo tempo em que isso era denominado pelos antigos de liberdade, eles admitiam, como compatível com essa liberdade coletiva, a submissão completa do indivíduo à autoridade do conjunto” ².

Por outro lado, ainda segundo BENJAMIM CONSTANT, a liberdade dos modernos:

“é para cada um o direito de não se submeter senão às leis, de não poder ser preso, detido, condenado à morte, maltratado de maneira alguma pela só vontade arbitrária de um ou de vários indivíduos. É

¹ Cf. FERREIRA, Pinto. *Princípios gerais do direito constitucional moderno* – Tomo II. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 349.

² CONSTANT, Benjamin. *A liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. tradução Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015, pp. 15 e 78.

para cada um o direito de manifestar sua opinião, de escolher sua profissão e de exercê-la; de dispor de sua propriedade ou mesmo abusar dela; de ir e vir sem precisar de permissão e sem prestar contas dos seus motivos ou dos seus passos. É para cada um, o direito de reunir-se com outros indivíduos, seja para debater sobre seus interesses, seja para professar o culto preferido por ele e por seus companheiros, seja, simplesmente, para preencher seus dias e suas horas da maneira mais conforme às suas inclinações, às suas fantasias. Enfim, é o direito de cada um influir sobre a administração do governo, seja pela nomeação de todos ou de certos funcionários, seja pelas representações, petições e requerimentos que a autoridade é mais ou menos obrigada a levar em consideração”³.

Portanto, na concepção formulada por BENJAMIM CONSTANT, para os antigos, referindo Grécia e Roma antigas, a liberdade é de exercício coletivo e está na participação política dos cidadãos na prática da soberania, enquanto que a liberdade dos modernos, seus contemporâneos, é a liberdade individual de não ser submetido à autoridade alheia, salvo nas hipóteses previstas em lei. O antigo não se vendo separado do grupo, inserido na sua família, seu clã, como membro de comunidade, não tinha escolhas pessoais, seu corpo, suas habilidades, seu esforço, tudo, estava a serviço do Estado⁴. Quando o indivíduo percebe que é diferente do grupo, sem deixar de fazer parte dele, podendo ter interesses próprios, íntimos, o conceito antigo de liberdade torna-

³ Idem.

⁴ Sobre a antiguidade clássica e a completa submissão do indivíduo ao Estado, FUSTEL DE COULANGES demonstra com clareza a ausência de liberdade individual:

“A cidade havia sido fundada por uma religião, constituindo-se como Igreja. Daí a sua força, daí também a sua onipotência, e o império absoluto que exercia sobre os seus membros. Em uma sociedade estabelecida sobre tais princípios, a liberdade individual não podia existir. O cidadão ficava submetido em tudo e sem reservas, à Cidade; pertencia-lhe inteiramente. A religião, que dera origem ao Estado, e o Estado que sustentava a religião, apoiavam-se mutuamente, sustentavam-se um ao outro, e formava um só corpo; esses dois poderes associados e perfeitamente unidos constituíam um poder quase sobre-humano, ao qual alma e o corpo submetiam-se igualmente.

O homem nada tinha de independente. Seu corpo pertencia ao Estado, e destinava-se à sua defesa; em Roma o serviço militar era obrigatório até os quarenta e seis anos; em Atenas e Esparta o era por toda a vida. Sua fortuna estava sempre à disposição do Estado; se a cidade tivesse necessidade de dinheiro, podia mandar às mulheres que lhe entregassem as joias, aos credores que privassem de seus créditos, aos proprietários de olivas que lhe cedessem gratuitamente o óleo que haviam fabricado.

A vida privada não escapava a essa onipotência do Estado. Muitas cidades gregas proibiam ao homem o celibato. Esparta punia não somente quem não se casava, como também quem se casava tarde. O Estado podia prescrever, em Atenas, o trabalho, e, em Esparta, a ociosidade. O Estado Exercia sua tirania até nas menores coisas; em Locres, a lei proibía aos homens beber vinho puro; em Roma, em Mileto e em Marselha, fazia o mesmo com as mulheres. A moda, comumente, era fixada pelas leis de cada cidade; a legislação de Esparta dava regras para os penteados das mulheres, e a de Atenas proibía-lhes levar em viagem mais de três vestidos. Em Rodes a lei proibía que se fizesse a barba; em Bizâncio, punia com multa quem possuísse uma navalha; em Esparta, pelo contrário, a lei exigia que se raspasse o bigode”.

(FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. – tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. Versão para eBook: eBooksBrasil, 2006. Digitalização do livro em papel: Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, São Paulo, 1961, p. 198 e 199, disponível em: <<http://bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Fustel%20de%20Coulanges-1.pdf>>, acesso em 23 de outubro de 2018).

se incompleto ⁵. Ante a necessidade de proteção das escolhas individuais, que diferenciavam o indivíduo do grupo, a liberdade passou por reformulação, como identificou BENJAMIM CONSTANT, e ganha nova proteção na modernidade.

Moderna, para BENJAMIM CONSTANT, era a Revolução Francesa, que culminou com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Nesta Declaração, em seu artigo 4º, se expressa o conceito de liberdade (como liberdade dos modernos) até hoje muito citado:

Art. 4.º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

A mesma Declaração de 1789, em seu primeiro artigo, garante que os homens nascem e são livres e iguais em direitos. O papel da Revolução foi fundamental para reconhecer e proclamar essa liberdade de cada qual, até então, súditos do arbítrio do Estado, comandado por seu monarca soberano.

Surge, após a Revolução, o Estado Liberal, no qual o sentido de liberdade em muito se assemelha à noção de legalidade dos nossos dias. Exponente deste período histórico, MONTESQUIEU definia liberdade nos seguintes termos: “*A liberdade é o direito de fazer tudo o que é permitido pelas leis, e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, ele não teria mais liberdade, porque os outros cidadãos teriam do mesmo modo esse poder*” ⁶.

⁵ A evolução humana que separou o indivíduo do grupo foi muito bem narrada por PONTES DE MIRANDA:

“Quando o primitivo toma consciência de ser diferente do grupo, sem deixar de pertencer a ele, a sua descoberta é tão revolucionária, tão cheia de consequências, dentro e fora de si, que ele começa a atribuir ‘almas’, ‘espíritos individuais’, às coisas.

Ora, o primitivo tomou consciência de si mesmo quando, tendo aprendido a colaborar com os outros, sentiu que, além dos estímulos exteriores (‘dos outros’ e ‘seus’), havia estímulos dele, estímulos íntimos. Em vez dos movimentos, das aventuras, em que seguiam todos, fez movimentos com que se seguia a si, com os quais obedecia a si mesmo, ou com os quais se contrariava”

(PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, liberdade, igualdade*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002, p. 323).

⁶ MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat). *Do Espírito das Leis* – tradução Edson Bini. Bauru-SP: Editora Edipro, 2004, p. 188

Nota-se que com a Revolução Francesa, o arbítrio do soberano é substituído pelo império das leis. Só a lei, democraticamente aprovada pelos representantes do povo, pode imprimir autoridade, limitando a liberdade individual.

Porém, este conceito de liberdade, com a mera abstenção do Estado, desconsiderava as desigualdades de fato e não conseguia sair do papel para produzir efeitos no mundo real.

LEON DUGUIT logo percebeu que, ao contrário do que proclamavam a Declaração da Revolução Francesa e os teóricos do Estado Liberal, que a sucedeu, os homens não nasciam livres e isolados, nem tampouco eram iguais:

“O homem natural, isolado, que nasce livre e independente de outros homens, e com direitos constituídos por essa mesma liberdade e essa mesma independência, constitui uma abstração desvinculada da realidade. O ser humano nasce integrando uma coletividade; vive sempre em sociedade e assim considerando só pode viver em sociedade. Nesse sentido, o ponto de partida de qualquer doutrina relativa ao fundamento do direito deve basear-se, sem dúvida, no homem natural; não aquele ser isolado e livre que pretendiam os filósofos do século XVIII, mas o indivíduo comprometido com os vínculos da solidariedade social. Não é razoável afirmar que os homens nascem livres e iguais em direito, mas sim que nascem partícipes de uma coletividade e sujeitos, assim, a todas as obrigações que subentendem a manutenção e desenvolvimento da vida coletiva. Por outro lado, a igualdade absoluta de todos os homens, que constitui premissa lógica da doutrina individualista, revela-se contraditória na prática. Os homens, muito longe de serem iguais, são essencialmente diferentes entre si, e essas diferenças, por sua vez acentuam-se conforme o grau de civilização da sociedade”⁷.

Além disso, no mundo real, ao contrário do que anunciavam os liberais, não havia liberdade, muito menos igualdade. Recordar-se que havia escravidão, sustentada, inclusive, por importantes personagens do liberalismo como John Locke e Thomas Jefferson, defensores e praticantes da escravidão⁸.

⁷ DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996, pp. 15 e 16.

⁸ Cf. MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 42 e 43.

É certo que, em quase todos os países, a escravidão foi abolida ainda no século XIX, mas nem a abolição conseguiu extingui-la⁹. Além disso, o trabalho escravo foi substituído pelo trabalho injustamente remunerado, obrigando muitos empregados a dedicarem mais da metade de suas vidas à satisfação das necessidades e interesses alheios, sem receberem, em troca, uma mínima parte do ganho e do reconhecimento social de seus empregadores.

A falta de confirmação fática da afirmação do liberalismo de que os homens nascem livres e são iguais, provocou ainda mais desigualdades, condenando à igual miséria os que já eram miseráveis e, para que alguns poucos pudessem concorrer em liberdade, a grande maioria se tornou mão de obra, meros membros não autônomos de “corpos” de pessoas jurídicas que não lhes pertencem, com a liberdade de escolher entre tentar sobreviver, satisfazendo vontades que não são suas em troca do capital necessário para suprir suas necessidades básicas, ou morrer de fome¹⁰.

Assim, diante desta grave contradição do Estado Liberal, que com o temor da intervenção do Estado na vida social, permitiu-se, por meio da liberdade de contrato entre os desiguais, sem qualquer participação ou regulação estatal, a exploração dos mais fracos economicamente pelos mais fortes, gerou injustiça social¹¹. O

⁹ De acordo com levantamento da OIT (Organização Internacional do Trabalho) de 2012, atualmente mais de 21 milhões de pessoas estão submetidas ao trabalho forçado. Disponível em <http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_181961/lang--it/index.htm> acesso em 23 de outubro de 2018

¹⁰ Neste sentido, PAULO BONAVIDES, na obra *Do Estado Liberal ao Estado Social*, partindo da doutrina de Vierkandt, demonstra com vigor a falácia dos conceitos de igualdade e de liberdade do liberalismo:

“Leva Vierkandt seu pensamento às últimas conseqüências ao afirmar que seria correto o conceito de liberdade do liberalismo se os homens fossem dotados de igual capacidade.

*Mas, como a igualdade a que se arrima o liberalismo é apenas formal, e encobre, na realidade, sob seu manto de abstração, um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais –, termina ‘a apregoada liberdade, como Bismarck já o notara, numa real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome’ (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Op. cit., p. 61).*

¹¹ Neste sentido, DALMO DE ABREU DALLARI ensina: *“O Estado liberal, com um mínimo de interferência na vida social, trouxe, de início, alguns inegáveis benefícios: houve um progresso econômico acentuado, criando-se as condições para a revolução industrial; o indivíduo foi valorizado, despertando-se a consciência para a importância da liberdade humana; desenvolveram-se as técnicas de poder, surgindo e impondo-se a idéia do poder legal em lugar do poder pessoal. Mas, em sentido contrário, o Estado liberal criou as condições para sua própria superação. Em primeiro lugar, a valorização do indivíduo chegou ao ultra-individualismo, que ignorou a natureza associativa do homem e deu margem a um comportamento egoísta, altamente vantajoso para os mais hábeis, mais audaciosos ou menos escrupulosos. Ao lado disso, a concepção individualista da liberdade, impedindo o Estado de proteger os menos afortunados, foi a causa de uma crescente injustiça social, pois, concedendo-se a todos o direito de ser livre, não se assegurava a ninguém o poder de ser livre. Na verdade, sob pretexto*

individualismo exacerbado do liberalismo impediu que o direito à liberdade fosse igual para todos. Não se poderia admitir conceito de liberdade que servisse só para alguns.

A liberdade deve ser igual para todos. JOHN RAWLS, em defesa dessa tese, desenvolve seus dois princípios da justiça ¹², que seriam aceitos por todos quando na posição original, cobertos pelo véu da ignorância ¹³, não desconhece que os cargos e posições na sociedade devem ser abertos a todos, bem como que desigualdades possam ser admitidas para favorecer os que se encontram em pior situação.

de valorização do indivíduo e proteção da liberdade, o que se assegurou foi uma situação de privilégio para os que eram economicamente fortes. E, como acontece sempre que os valores econômicos são colocados acima de todos os demais, homens medíocres, sem nenhuma formação humanística e apenas preocupados com o rápido aumento de suas riquezas, passaram a ter o domínio da Sociedade” (DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.280-281).

¹² De acordo com a teoria de RAWLS, os princípios da justiça seriam formulados com o seguinte enunciado:

“Primeiro Princípio

Cada pessoa deve ter um igual direito ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos.

Segundo Princípio

As desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que, ao mesmo tempo:

(a) tragam o maior benefício possível para os menos favorecidos, obedecendo às restrições do princípio da poupança justa, e

(b) sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades.

Primeira Regra de Prioridade (A Prioridade da Liberdade)

Os princípios da justiça devem ser classificados em ordem lexical e portanto as liberdades básicas só podem ser restringidas em nome da liberdade.

Existem dois casos:

(a) uma redução da liberdade deve fortalecer o sistema total das liberdades partilhadas por todos;

(b) uma liberdade desigual deve ser aceitável para aqueles que têm liberdade menor.

Segunda Regra de Prioridade (A Prioridade da Justiça sobre a Eficiência e sobre o Bem-Estar)

O segundo princípio da justiça é lexicalmente anterior ao princípio da eficiência e ao princípio da maximização da soma de vantagens; e a igualdade equitativa de oportunidades é anterior ao princípio da diferença.

Existem dois casos:

(a) uma desigualdade de oportunidades deve aumentar as oportunidades daqueles que têm uma oportunidade menor;

(b) uma taxa excessiva de poupança deve, avaliados os fatores, tudo é somado, mitigar as dificuldades dos que carregam esse fardo”

(RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp 333 e 334).

¹³ JOHN RAWLS, partindo dos pressupostos que os bens disponíveis na sociedade são escassos, bem como que os princípios a nortearam determinada comunidade podem ser diversos diante do fato do pluralismo, isto é, a pluralidade de ideias e visões de mundo, define método para seleção dos princípios da justiça, que seriam aclamados por membros da sociedade, na denominada posição original, cobertos pelo véu da ignorância, que os impede de saber o papel que desempenharão na sociedade, seus dons naturais, sua inteligência, força entre outras aptidões. Em tais condições, eles definiriam os princípios de justiça (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Op. Cit. p. 127 a 200).

Para isso, ao Estado não cabe tão somente declarar e proteger liberdades individuais, essencialmente civis e políticas, devendo intervir para que todos possam ter oportunidades iguais, o que implica na concretização de direitos sociais, como o acesso universal à saúde e à educação, bem como garantias econômicas aptas a suprir as necessidades básicas.

É certo que após as duas guerras mundiais, que abalaram severamente as estruturas da humanidade, os princípios e valores dos seres humanos presentes nas declarações de direitos fundamentais não poderiam consistir mais em meras previsões simbólicas. Assim, ganham força normativa, isto é, passam a conferir direitos subjetivos aos indivíduos, exigíveis em face do Estado. Logo, para conferir proteção ao valor previsto nas declarações de direitos, o Estado não deve tão somente deixar de interferir no seu pleno exercício pelos indivíduos, como igualmente agir para que tal valor seja realizado na maior medida do possível ¹⁴.

Deste modo, a liberdade, como direito fundamental e valor, no novo modelo de Estado, também se transforma, deixando o seu papel de apenas não intervenção do Estado. Entre os novos sentidos da liberdade, cabe aos Estados garantir aos seus súditos níveis econômicos suficientes para o exercício das vontades pessoais (*Freedom From Want*).

É bastante conhecido o discurso do Presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt sobre as “*quatro liberdades*” ¹⁵. Em tal discurso, o Presidente dos Estados Unidos, reconhece a necessidade de prestações para enfrentar os problemas econômicos e sociais – especialmente a necessidade de oportunidades iguais, trabalho para os que podem trabalhar, segurança para os que precisam, fim dos privilégios dos poucos, preservação das liberdades civis de todos, o crescimento do padrão de vida com o aproveitamento do progresso científico – e clama por um mundo fundado em quatro liberdades: a liberdade de expressão (*Freedom of Speech*); a liberdade religiosa

¹⁴ Cf. DA SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 76 a 77.

¹⁵ Refere-se aqui ao discurso de Franklin Delano Roosevelt ao Congresso dos Estados Unidos de 6 de janeiro de 1941 no contexto da Segunda Guerra Mundial, conhecido como “Discurso das Quatro Liberdades”.

(*Freedom to Worship*); a liberdade de viver sem passar necessidade (*Freedom From Want*); e a liberdade de viver sem medo (*Freedom From Fear*)¹⁶.

Como consequência, o papel do Estado com relação à liberdade não se limita mais apenas à conduta negativa, não intervenção no domínio individual. Deve, ainda, atuar positivamente, municiando as pessoas nas suas buscas individuais e coletivas.

A liberdade, portanto, deve ser compreendida como algo ainda não conquistado, que depende da atuação do Estado e de todos. É necessário que as desigualdades e

¹⁶ Nas palavras do próprio Franklin Delano Roosevelt na parte final de seu discurso:

...
Certainly this is no time for any of us to stop thinking about the social and economic problems which are the root cause of the social revolution which is today a supreme factor in the world. For there is nothing mysterious about the foundations of a healthy and strong democracy. The basic things expected by our people of their political and economic systems are simple. They are: Equality of opportunity for youth and for others. Jobs for those who can work. Security for those who need it. The ending of special privilege for the few. The preservation of civil liberties for all. The enjoyment of the fruits of scientific progress in a wider and constantly rising standard of living. These are the simple, basic things that must never be lost sight of in the turmoil and unbelievable complexity of our modern world. The inner and abiding strength of our economic and political systems is dependent upon the degree to which they fulfill these expectations. Many subjects connected with our social economy call for immediate improvement. As examples: We should bring more citizens under the coverage of old-age pensions and unemployment insurance. We should widen the opportunities for adequate medical care. We should plan a better system by which persons deserving or needing gainful employment may obtain it. I have called for personal sacrifice. I am assured of the willingness of almost all Americans to respond to that call. A part of the sacrifice means the payment of more money in taxes. In my budget message I shall recommend that a greater portion of this great defense program be paid for from taxation than we are paying today. No person should try, or be allowed, to get rich out of this program; and the principle of tax payments in accordance with ability to pay should be constantly before our eyes to guide our legislation. If the Congress maintains these principles, the voters, putting patriotism ahead of pocketbooks, will give you their applause. In the future days, which we seek to make secure, we look forward to a world founded upon four essential human freedoms. The first is freedom of speech and expression—everywhere in the world. The second is freedom of every person to worship God in his own way—everywhere in the world. The third is freedom from want—which, translated into world terms, means economic understandings which will secure to every nation a healthy peacetime life for its inhabitants—everywhere in the world. The fourth is freedom from fear—which, translated into world terms, means a world-wide reduction of armaments to such a point and in such a thorough fashion that no nation will be in a position to commit an act of physical aggression against any neighbor—anywhere in the world. That is no vision of a distant millennium. It is a definite basis for a kind of world attainable in our own time and generation. That kind of world is the very antithesis of the so-called new order of tyranny which the dictators seek to create with the crash of a bomb. To that new order we oppose the greater conception—the moral order. A good society is able to face schemes of world domination and foreign revolutions alike without fear. Since the beginning of our American history, we have been engaged in change—in a perpetual peaceful revolution—a revolution which goes on steadily, quietly adjusting itself to changing conditions—without the concentration camp or the quick-lime in the ditch. The world order which we seek is the cooperation of free countries, working together in a friendly, civilized society. This nation has placed its destiny in the hands and hearts of its millions of free men and women; and its faith in freedom under the guidance of God. Freedom means the supremacy of human rights everywhere. Our support goes to those who struggle to gain those rights or keep them. Our strength is our unity of purpose. To that high concept there can be no end save victory.

injustiças sociais sejam corrigidas a fim de permitir a existência de uma sociedade em que todos são, de fato, igualmente livres.

Neste sentido, é adequada a visão de JORGE MIRANDA sobre o tema:

“Há que se criar condições de liberdade – de liberdade de facto, e não só jurídica; mas a sua criação e a sua difusão somente têm sentido em regime de liberdade. Porque a liberdade (tal como a igualdade) é indivisível, a diminuição da liberdade – civil ou política – de alguns (ainda quando socialmente minoritários), para outros (ainda quando socialmente majoritários) acenderem a novos direitos, redundaria em redução da liberdade de todos. O resultado almejado há-de ser uma liberdade igual para todos, construída através da correção das desigualdades e não através de uma igualdade sem liberdade; sujeita às balizas materiais e procedimentais da Constituição; e suscetível, em sistema político pluralista, das modulações que derivem da vontade popular expressa pelo voto”¹⁷.

A liberdade, portanto, não se alcança sozinha em um mundo desigual. Nem tampouco é algo que se realize com meras declarações estatais. O Estado deve agir para permitir que todos possam usufruir da sua liberdade na maior medida possível. Consequentemente, o que se busca é o equilíbrio necessário entre liberdade individual e a autoridade do Estado, exercida para permitir a satisfação coletiva.

1.2 O equilíbrio entre liberdade e autoridade:

Diante da necessidade de se conferir igualdade de direitos a todos – a forma mais justa de convívio social e o único modo de permitir ampla satisfação e realização – cumpre equilibrar as duas forças antagônicas: liberdade e autoridade.

Liberdade e autoridade não caminham sozinhas, nem poderiam caminhar, tanto por ser inoportuna quanto por ser inviável.

Nenhum soberano, por maior que fosse seu poder de persuasão e por mais ampla que fosse sua autoridade, jamais conseguiria reinar de forma absoluta, sem conceder a

¹⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 5ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 42.

ninguém sequer um suspiro de liberdade, nem ao menos àqueles que irão lhe proteger e defender o seu reino, pois sem eles seu reino estará fadado ao insucesso e logo se dissolverá, assim como toda a sua autoridade.

Até mesmo MAQUIAVEL, teórico do absolutismo e defensor da autoridade do soberano, reconhece que em determinadas situações o “príncipe” há de ser generoso, principalmente quando tem em mãos riqueza que não é sua, devendo distribuí-la entre os soldados que ajudaram a conquistar¹⁸.

Se a autoridade não pode ser absoluta, tampouco a liberdade pode ser. Poderia se cogitar da existência de liberdade absoluta para um ser único, distante da convivência social, apto a realizar suas vontades e desejos, sem ninguém capaz de o impedir. Mas, ainda assim, as leis da natureza poderiam impor limites e cercear certas vontades desse indivíduo.

Como ensina PONTES DE MIRANDA:

“A liberdade – no seu conceito absoluto – supõe a unicidade do ser livre. Nem Deus seria livre, porque criou as leis do Mundo; os cálculos de curvatura do nosso espaço, os menores teoremas de Aritmética, a própria Lógica, seriam limitações de Deus. A fera que estivesse do outro lado do rio limitaria a liberdade de Robinson. Dois Robinsons não seriam livres. Nas cidades de milhões, o conceito de liberdade ganha em consistência o que perde em amplitude. Torna-se conceito de ciência social, que é ciência natural, e de arte política, em vez de axioma, à maneira da Geometria”¹⁹.

No mesmo sentido, é a lição de SAMPAIO DORIA:

“Liberdade como onipotência individual de ação é mito, ilusão verbal, utopia sem realidade possível. Se o indivíduo, dotado de onipotência, vivesse isolado numa floresta, como um bugre desgarrado de sua tribo, certo poderia este indivíduo por em prática a onipotência de que se visse dotado. Mas a que se reduziria tanto poder nominal, se, em tal ambiente, lhe faltariam sem remédio oportunidades de ação? É como se, na floresta, o único ser que a povoasse vivesse por sobre pepitas de ouro. Em qualquer

¹⁸ Cf. MACHIAVELLI, Niccolò. *Il Principe*. Torino: Einaudi, 1972, p. 36.

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. I, de 1969 (tomo IV. Arts. 118 A 153, §1º)*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970, p. 634 e 635.

sociedade civilizada, este ouro lhe abriria portas largas a inúmeras satisfações. Mas ali, sem a convivência humana, mais valor lhe teria, por certo, uma pele de animal, com que se abrigasse. Sem a convivência social, liberdade, ainda quando pompeante de onipotência, se reduziria, na prática, a uma quase impotência. Além disto, liberdade é, antes de tudo, fenômeno social. Ninguém a pode encontrar em misantropo absoluto. Ela é sempre uma relação. Supõe, pelo menos, dois indivíduos que convivam. Cada um, no atuar socialmente, encontrará, diante de si, o outro. E ou lhe reconhecerá igual direito de atuação, ou lhe estará subtraindo a igualdade ou liberdade igual à sua. Em sociedade, onipotência de ação, isto é, poder fazer o indivíduo o que lhe venha à cabeça, não tem realidade compatível com a convivência humana. Seria, apenas, quimera”²⁰.

Desta forma, a liberdade, assim como a autoridade, jamais poderia ser absoluta, nem para alguém que viva desagarrado da civilização, pois mesmo livre de comandos humanos, haveria de se conformar com as imposições da natureza e as limitações de seu próprio corpo.

Inexistindo liberdade absoluta, o valor liberdade haverá sempre de conviver com o valor autoridade²¹, posto que sem autoridade é impossível garantir liberdade tanto para a coletividade quanto para os seres humanos.

Por outro lado, a autoridade não teria qualquer valor sem uma finalidade específica, qual seja a proteção da liberdade individual, na medida em que o fim de todo estabelecimento público é a liberdade individual.

²⁰ SAMPAIO DÓRIA, Antônio de. *Direito constitucional*. Volume 1º. Primeiro Tomo. 5ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1962, p. 38 e 39

²¹ Neste sentido, José Afonso da Silva ensina:

“Muitas teorias definem a liberdade como resistência à opressão ou à coação da autoridade ou do poder. Trata-se de liberdade no sentido negativo, porque se opõe, nega, à autoridade. Outra teoria, no entanto, procura dar-lhe sentido positivo: é livre quem participa da autoridade ou do poder. Ambas têm o defeito de definir a liberdade em função da autoridade. Liberdade opõe-se a autoritarismo, à deformação da autoridade; não, porém, à autoridade legítima.

Esta provém do exercício da liberdade, mediante o consentimento popular. Neste sentido, autoridade e liberdade são situações que se complementam. É que a autoridade é tão indispensável à ordem social – condição mesma da liberdade – como esta é necessária à expansão individual. Um mínimo de coação há sempre que existir. ‘O problema está em estabelecer, entre a liberdade e a autoridade, um equilíbrio tal que o cidadão médio possa sentir que dispõe de campo necessário à perfeita expressão de sua personalidade. Portanto, não é correta a definição de liberdade como ausência de coação. O que é válido afirmar que a liberdade consiste na ausência de toda coação anormal, ilegítima e imoral. Daí se conclui que toda lei que limita a liberdade precisa ser lei normal, moral e legítima, no sentido de que seja consentida por aqueles cuja liberdade restringe”.

(SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 234)

A proteção à liberdade individual, como já discorremos acima, inclui também a necessidade de eliminação das desigualdades que impedem o seu exercício por todos.

Assim sendo, não pode o Estado reprimir a liberdade de alguém sem que tenha por finalidade a garantia da liberdade a outro ou o bem-estar coletivo. Deste modo, a autoridade, ainda que revestida de legalidade, não pode ultrapassar seus limites, ditados pelas relações sociais. A convivência social traça o indispensável para cada qual atingir seus objetivos pessoais, sem transformar tais objetivos em privilégios ou vantagens, que não se explicam. Não pode a lei, ainda que representativa da vontade majoritária, limitar aquilo que não é necessário para o convívio social ou impor restrições que não conduzem à redução das desigualdades fáticas de direitos e de oportunidades entre as pessoas.

1.3 Liberdade como direito humano

Antes de qualificar a liberdade como direito humano cabe definir o que se entende por direitos humanos.

A mais comum definição de direitos humanos é a que considera tais direitos como inerentes à pessoa humana, independentemente das particularidades de cada qual e da proteção estatal. São, assim, direitos que decorrem da própria natureza humana, adquiridos tão somente pelo fato de integrarem a mesma espécie.

Partindo deste conceito, considerando como direitos humanos os inatos a pessoa humana, pertencentes a todos ao mesmo tempo, independentemente da previsão em ato editado com o fim de estabelecer direitos, IMMANUEL KANT ensinava que só havia um direito inato, justamente o direito à liberdade.

Nas palavras do filósofo de Königsberg:

“A liberdade (a independência de ser constrangido pela escolha alheia), na medida em que pode coexistir com a liberdade de todos os outros de acordo com uma lei universal, é o único direito original pertencente a todos os homens em virtude da humanidade destes. Este

princípio de liberdade inata implica as seguintes competências, que são realmente distintas dela (como se fossem integrantes da divisão de algum conceito superior de direito): igualdade inata, isto é, independência de ser obrigado por outros a mais do que se pode, por sua vez, obriga-los; daí uma qualidade humana de ser o seu próprio senhor (sui iuris), bem como ser um ser humano irrepreensível (iusti), visto que, antes de realizar qualquer ato que afete direitos, não causou dano algum a ninguém; e, finalmente, está autorizado a fazer aos outros qualquer coisa que em si mesma não reduza o que é deles, enquanto não quiserem aceitá-la – coisas como meramente comunicar as suas ideias eles, dizendo-lhes ou prometendo-lhes algo, quer o que diga seja verdadeiro e sincero ou falso e insincero (veriloquium aut falsiloquium), pois lhes cabe inteiramente se disporem a nele acreditar ou não”²².

No entanto, a inclusão da liberdade no rol de direitos humanos, ainda que de modo isolado, não restringe o sentido de direitos humanos. Muito pelo contrário, torna a definição ainda mais aberta, pois, como já analisamos²³, o conceito de liberdade ainda está em construção e se redefine no decorrer do tempo.

Além disso, ainda que se possa discordar de IMMANUEL KANT, e entender que existem muitos outros direitos inerentes à natureza humana distintos da liberdade, o sentido de direitos humanos permaneceria sem possibilidade de definição por catálogo limitado. Vejamos.

É inerente ao ser humano o quanto seja indispensável para que alcance seu objetivo pessoal. ARISTÓTELES dizia que o bem supremo e o fim de toda a atividade é a felicidade.

O filósofo de Estagira, em *Ética a Nicômaco*, ensina:

“Entendemos por uma coisa autossuficiente aquela que simplesmente por si só torna a vida desejável e de nada carente: e julgamos ser essa coisa a felicidade. Adicionalmente, consideramos ser a felicidade a mais desejável de todas as boas coisas sem que seja ela mesma estimada como uma entre as demais, pois se assim fosse ela estimada, está claro que devíamos considerá-la mais desejável quando mesmo a mais ínfima das outras boas coisas a ela estivesse combinada, uma vez que essa adição resultaria num total mais amplo de bem, e de dois bens o maior é sempre o mais desejável.

²² KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes* – tradução Edson Bini. Bauru-SP: Editora Edipro, 2003, p. 83 e 84.

²³ Vide ponto 1.1 O conceito de liberdade

A felicidade, portanto, uma vez tendo sido considerada alguma coisa final [completa] e autossuficiente, é a finalidade visada por todas as ações.

Afirmar, todavia, que o bem mais excelente é a felicidade parecerá provavelmente um truísmo. Ainda carecemos de uma avaliação mais explícita do que constitui a felicidade. É possível que possamos a ela chegar se determinarmos a função do ser humano, posto que se pensa que a excelência ou eficiência de um flautista, de um escultor, ou de um artesão de qualquer tipo e, em geral, de quem quer que tenha alguma função ou ocupação a desempenhar, reside nessa função; e, por analogia, é possível sustentar-se que o bem humano reside na função humana, no caso de o ser humano ter uma função”²⁴.

Logo é inerente ao ser humano o que for necessário para alcançar a própria felicidade.

Porém, o que é necessário para a felicidade? Como alcança-la?

A cada dia que passa é mais difícil alcançar a felicidade²⁵, com o avanço da desigualdade, da miséria, da injustiça, poucos serão felizes nesta vida²⁶.

²⁴ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco* – tradução Edson Bini. 3ª edição – 1ª reimpressão. Bauru-SP: Editora Edipro, 2013, p. 49.

²⁵ Frei Betto identificou muito bem cinco fatores que dificultam a nossa felicidade nos dias de hoje: “Cinco fatores dificultam hoje, a nossa felicidade: 1) a indiferença frente à desigualdade social e o individualismo exacerbado; 2) a acelerada mercantilização da vida individual e social: a felicidade é identificada com a satisfação do maior número de necessidades reais e supérfluas; 3) a prática de preconceitos e a ascensão dos fundamentalismos; 4) o sequestro da democracia pelas elites financeiras, que transformam a política na simples administração do ‘roubo’ e da corrupção legais; 5) a dedicação obsessiva ao trabalho, que induz a sacrificar certos prazeres e alegrias, confortos e tranquilidades, a fim de satisfazer a paixão pelo poder, pelo sucesso e/ou pelo lucro” (BETTO, Frei (Carlos Alberto Libânio Christo). *Quanto custa ser feliz?* In: BETTO, Frei; BOFF, Leonardo; CORTELLA, Mario Sergio. *Felicidade foi-se embora?* Petrópolis: Vozes Noblis, 2016, p. 24 e 25).

²⁶ TOMÁS DE AQUINO, seguindo as lições de ARISTÓTELES, também considera a felicidade, ou beatitude (bem-aventurança), a finalidade do ser humano. Porém, não acredita ser possível alcançá-la de forma verdadeira e plena nesta vida. Nas palavras do teólogo, traduzido para o português:

“*O homem nascido da mulher vive por pouco tempo e está cheio de tantas misérias’. Mas, a bem-aventurança exclui a miséria. Logo o homem nesta vida não pode ser bem-aventurado.*

RESPONDO. Alguma participação na bem-aventurança é possível nesta vida, mas a perfeita e verdadeira bem-aventurança é impossível tê-la nesta vida. De dois modos isso pode ser considerado.

Primeiro, pela mesma razão comum de bem-aventurança. A bem-aventurança sendo, o bem perfeito e suficiente, exclui todo mal e satisfaz todo desejo. No entanto, esta vida está submetida a muitos males, que não podem ser evitados, como a ignorância por parte do intelecto, as desordenadas afeições por parte do apetite, muitos tormentos por parte do corpo, como Agostinho enumera diligentemente. Igualmente, nesta vida o desejo do bem não pode ser saciado. Com efeito, naturalmente deseja o homem que permaneçam os bens que possui. Não obstante, os bens desta vida são transitórios, como ela mesma é passageira, embora naturalmente a desejamos e queiramos nela permanecer para sempre, até porque, por sua natureza, o homem foge da morte. Portanto, é impossível ter nesta vida a bem-aventurança perfeita.

Segundo, considerando-se aquilo que a bem-aventurança especialmente consiste, ou seja, a visão da essência divina, que não pode o homem atingir nesta vida, como na I Parte se demonstrou. Do exposto fica patente que alguém não pode nesta vida conseguir a verdadeira e perfeita bem-aventurança”.

Se a miséria e a falta de expectativas de conquista dos bens mínimos para sobreviver dignamente constroem barreiras para o alcance do objetivo central da vida humana, a ganância por bens materiais e a riqueza não consistem em caminhos para a felicidade.

Como ensina TOMÁS DE AQUINO, a bem-aventurança (beatitude ou felicidade) não se adquire com dinheiro ou é consequência do acúmulo de riqueza. Ensina o filósofo da idade média:

“Consiste o bem do homem mais em conservar a bem-aventurança, do que em perde-la. Ademais, Boécio diz: ‘mais brilham as riquezas quando são distribuídas do que quando conservadas. Por isso, a avareza torna os homens odiosos, a generosidade os torna ilustres’.

RESPONDO: É impossível que a bem-aventurança do homem consista nas riquezas. Conforme o Filósofo, diz no livro I da ‘Política’, há duas espécies de riqueza, as naturais e as artificiais. As riquezas naturais são aquelas pelas quais o homem é ajudado a compensar as deficiências naturais, como sejam, a comida, a bebida, as vestes, os veículos, a habitação, etc. As riquezas artificiais são aquelas que por si mesmas não auxiliam a natureza, como o dinheiro, mas a arte humana as inventou para facilitar as trocas, para que fossem como medidas das coisas venais.

É evidente que a bem-aventurança do homem não pode estar nas riquezas naturais. Buscam-se essas riquezas em vista de outra coisa, para sustentarem a natureza humana. Por isso, não podem ser o último fim do homem, porque mais se ordenam ao homem como fim. Donde, na ordem natural, todas elas estão abaixo do homem, e são feitas em vista dele, conforme o Salmo 8: ‘Submetestes todas as coisas a seus pés’.

Não se buscam as riquezas artificiais senão por causa das naturais, pois não se buscariam, se não fosse porque por é comprado o que é necessário para o uso da vida. Por isso, têm muito menos razão de último fim. Logo, é impossível que a bem-aventurança, que é o último fim do homem, esteja nas riquezas.

QUANTO AO 1º, portanto, deve-se dizer que todas as coisas corporais obedecem ao dinheiro, devido à multidão dos estultos que só conhecem os bens corporais, que podem ser adquiridos por dinheiro. Mas o critério dos bens humanos não deve ser tomado dos estultos, mas dos sábios, como também o critério dos sabores, por aqueles que têm gosto apurado.

QUANTO AO 2º, deve-se dizer que, pelo dinheiro pode-se ter as coisas venais, mas não as espirituais, que não podem ser vendidas. Donde dizer o livro dos Provérbios: ‘Que adianta aos estultos possuírem riquezas, não podendo comprar sabedoria?’

QUANTO AO 3º, deve-se dizer que, o apetite das riquezas naturais não é infinito, porque são suficientes à natureza segundo alguma medida. No entanto, o apetite das riquezas artificiais é infinito, porque satisfaz à concupiscência desordenada, que é imutável, como esclarece o Filósofo no livro I da 'Política'. Todavia, o desejo infinito das riquezas é diferente do desejo do sumo bem. Pois o sumo bem quanto mais perfeitamente é possuído, tanto mais é amado e desprezadas as outras coisas, porque quanto mais é possuído, mais conhecido. Donde dizer o livro do Eclesiástico: 'Os que me comem, têm ainda mais fome'. Mas no apetite das riquezas e de quaisquer outros bens temporais, acontece o contrário. Possuídos esses bens, são logo desprezados e outros são desejados. Isto está significado nas palavras do Senhor: 'Quem bebe desta água (que significam os bens temporais) tem ainda sede'. E isso porque a insuficiência deles é mais conhecida quando possuídos. Assim sendo, isso manifesta a imperfeição deles e também que o sumo bem neles não consiste”²⁷.

Além de não ser própria para a bem-aventurança de cada qual, a avareza também não é para a felicidade do outro. Muito pelo contrário, o desejo de ter muitos bens bloqueia a felicidade tanto de quem quer – padecem de uma obsessão pelo consumo e a superação dos outros que suas conquistas materiais jamais poderão ser chamadas de beatitude, pois egoístas e antissociais – quanto de quem não quer ou não pode querer nada – vítimas da exclusão social.

A felicidade depende de fatores exógenos e endógenos.

Vivendo em sociedade, ninguém consegue ser feliz sozinho, sendo necessário compartilhar com alguém ou com a comunidade os melhores momentos vividos. Igualmente, os atos de benevolência e que incitam a felicidade alheia provocam, também, o mesmo bem em quem manifesta a caridade. No mesmo sentido, pode se concluir, por raciocínio lógico, que, se o fim do ser humano é a felicidade própria, o fim da humanidade é a felicidade de todos, o que implica na obrigação de cada qual proporcionar meios para a felicidade dos outros.

Já ensina IMMANUEL KANT: “Quando se trata de fomentar felicidade como um fim que é também um dever, é forçoso, conseqüentemente, que seja a felicidade de outros seres humanos, de cujo fim (permitido) faço assim o meu próprio fim também”²⁸

²⁷ TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica*. Op. Cit. p. 47 e 48.

²⁸ KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Op. Cit., p. 232.

Por outro lado, o próprio interior da pessoa, seus anseios e seu estado de espírito contribuem de maneira decisiva para que haja felicidade. Tais fatores dependem da personalidade de cada qual e mudam ao longo dos anos, tornando impraticável a formulação de teoria universal com rol exaustivo de valores e bens essenciais para se alcançar o fim do ser humano.

Assim, da mesma forma que o conceito de liberdade é variável, os direitos inerentes aos seres humanos também o são. As necessidades do meio e as vontades individuais são ainda mais mutáveis que o sentido de liberdade, impossibilitando conceito que pudesse fechar o conteúdo dos direitos humanos.

Logo, por ter a liberdade no seu meio, bem como pela impossibilidade de definir todos os interesses necessários para o alcance da felicidade humana, o conceito material de direitos humanos também não está acabado. Como assegura HANNAH ARENDT, os direitos humanos não são um dado, são um construído, que a organização da comunidade política vai aos poucos edificando ²⁹.

Não se pode extrair, portanto, sentido final e absoluto aos direitos humanos. Nem seria, também, de suma importância, neste momento, encontrar justificativas para proteção dos direitos humanos ³⁰. Como reconheceu NORBERTO BOBBIO, no mesmo sentido do aqui afirmado, não se pode encontrar fundamento absoluto para os direitos

²⁹ Cf. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 4ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 134

³⁰ Esta é a posição de NORBERTO BOBBIO:

“O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.

É inegável que existe uma crise dos direitos fundamentais. Deve-se reconhecê-la, mas não tentar superá-la buscando outro fundamento absoluto para servir como substituto para o que se perdeu. Nossa tarefa, hoje, é muito mais modesta, embora também mais difícil. Não se trata de encontrar o fundamento absoluto – empreendimento sublime, porém desesperado –, mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis. Mas também essa busca dos fundamentos possíveis – empreendimento legítimo e não destinado, como o outro, ao fracasso – não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado. Esse estudo é tarefa das ciências históricas e sociais. O problema filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios. Isso significa que o filósofo já não está sozinho. O filósofo que se obstinar em permanecer só termina por condenar a filosofia à esterilidade. Essa crise dos fundamentos é também um aspecto da crise da filosofia”.

(BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 23 E 24).

humanos, pois, além de indefiníveis, tais direitos são variáveis em cada cultura ou comunidade e são heterogêneos, formando grupo de direitos muito diferentes entre si ³¹.

Em consequência, não havendo conceito material de direitos humanos, que consiga definir precisamente o respectivo conteúdo, resta-nos, definir o conceito do ponto de vista formal.

Cumpra, assim, verificar o âmbito de proteção dos direitos humanos.

O conjunto de direitos essenciais para o exercício da atividade fim do ser humano, que é a felicidade, são, muitas vezes conhecidos como direitos fundamentais ou direitos naturais, ao invés do nome direitos humanos.

Tratando-se de mandamentos que objetivam proteger a humanidade e suas necessidades básicas, sendo única a espécie humana, podemos concluir que é, também, único o conjunto desses direitos. Assim, o conteúdo material dos direitos humanos, dos direitos naturais e dos direitos fundamentais é o mesmo. O que os diferencia é o âmbito de proteção.

Os direitos naturais são esses direitos inerentes aos seres humanos e essenciais à sua proteção. No entanto, o que os diferencia dos direitos humanos e dos direitos fundamentais é a ausência de positivação, são direitos não escritos ³².

³¹ Cf. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. op. cit., p. 15 a 22.

³² Não pretendemos, aqui, aprofundar o a temática do *jusnaturalismo* em contraposição ao *juspositivismo*. Partimos do pressuposto que os direitos naturais, não escritos, existem, pois a velocidade em que as necessidades básicas humanas surgem e se alteram é muito maior do que a capacidade dos corpos deliberativos firmar o compromisso de protegê-las. A lei chega sempre depois das injustiças terem acontecido, não faltam exemplos históricos para apontar as barbaridades que aconteceram antes da previsão normativa reparadora.

Neste sentido, ensina FABIO KONDER COMPARATO:

“Sem dúvida, o reconhecimento oficial de direitos humanos, pela autoridade política competente, dá muito mais segurança às relações sociais. Ele exerce, também, uma função pedagógica no seio da comunidade, no sentido de fazer prevalecer os grandes valores éticos, os quais, sem esse reconhecimento oficial, tardariam a se impor na vida coletiva.

Mas nada assegura que falsos direitos humanos, isto é, certos privilégios da minoria dominante, não sejam também inseridos na Constituição, ou consagrados em convenção internacional, sob a denominação de direitos fundamentais. O que nos conduz, necessariamente, à busca de um fundamento mais profundo do que o simples reconhecimento estatal para a vigência desses direitos.

A teoria positivista considera, no entanto, essa indignação como despida de sentido, a partir do postulado de que não há direitos fora da organização política estatal, ou do concerto dos Estados no plano internacional. Ora, essa concepção como é fácil de ver, revela-se radicalmente incompatível com o reconhecimento da existência de direitos humanos, pois a característica essencial destes consiste,

Direitos fundamentais, por seu turno, possuem o mesmo conteúdo dos direitos humanos. Diferem dos direitos humanos quanto ao âmbito de proteção, por estarem protegidos no âmbito interno de cada país, nas suas Constituições, enquanto que os direitos humanos recebem proteção por declarações ou tratados internacionais ³³.

justamente, como proclamaram os revolucionários americanos e franceses no século XVIII, no fato de valerem contra o Estado. Toda a 'primeira geração' de direitos humanos, nos documentos normativos produzidos pelos Estados Unidos recém-independentes, ou pela Revolução Francesa, foi composta de direitos que protegiam as liberdades civis e políticas dos cidadãos contra a prepotência dos órgãos estatais". (COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 4ª. Ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 58)

Ainda sobre a contraposição entre direitos naturais e positivismo é oportuna a posição de ROBERTO LYRA FILHO, que reforça o argumento apresentado nesta nota:

"Por enquanto, verifiquemos as posições e barreiras do positivismo. Ele sempre capta o Direito, quando já vertido em normas; seu limite é ordem estabelecida, que se garante diretamente com normas sociais não-legisladas (o costume da classe dominante, por exemplo) ou se articula, no Estado, com órgão centralizador do poder, através do qual aquela ordem e classe dominante passam a exprimir-se (neste caso, ao Estado é deferido o monopólio de produzir ou controlar a produção de normas jurídicas, mediante leis, que só reconhecem os limites por elas mesmas estabelecidos).

De todo modo, as normas – isto é, como vimos, os padrões de conduta, impostos pelo poder social, com ameaça de sanções organizadas (medidas repressivas, expressamente indicadas, com órgão e procedimento especiais de aplicação) – constituem, para o positivismo, o completo Direito. E note-se que, no caso, se trata das normas da classe dominante, revestindo a estrutura social estabelecida, porque a presença de outras normas – de classe ou grupos dominados – não é reconhecida, pelo positivismo, como elemento jurídico, exceto na medida em que não se revelam incompatíveis com o sistema – portanto, único a valer acima de tudo e todos – daquela ordem, classe e grupos prevalecentes.

Quando o positivista fala em Direito, refere-se a este último – e único – sistema de normas, para ele, válidas, como se ao pensamento e prática jurídicas interessasse apenas o que certos órgãos do poder social (a classe e grupos dominantes ou, por elas, o Estado) impõem e rotulam como Direito. É claro que vai nisto uma confusão, pois tal posicionamento equivale a deduzir todo Direito de certas normas, que supostamente o exprimem, como quem dissesse que açúcar 'é' aquilo que achamos numa lata com a etiqueta açúcar, ainda que um gaiato lá tenha colocado pó-de-arroz ou um perverso tenha enchido o recipiente com arsênico". (LYRA FILHO, Roberto. O que é direito. São Paulo: Brasiliense, 1982, p. 39 a 41).

³³ A distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais que mencionamos aqui é criticada por ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS.

Nas palavras do professor da Faculdade de Direito da USP:

"Inicialmente, a doutrina tende a reconhecer que os 'direitos humanos' servem para definir os direitos estabelecidos pelo Direito Internacional em tratados e demais normas internacionais sobre a matéria, enquanto que a expressão 'direitos fundamentais' delimitaria aqueles reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de um Estado específico.

Porém, como vimos, o Direito Internacional não é uniforme e nem utiliza a locução 'direitos humanos' sempre. Há casos recentes de uso da expressão 'direitos fundamentais' em normas internacionais, como se vê na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (redigida em 2000 e alterada em 2007). Também o Direito Constitucional de um país pode adotar a expressão 'direitos humanos', como se viu acima em vários casos na Constituição brasileira.

Uma segunda diferença entre 'direitos humanos' e 'direitos fundamentais' também é comumente assinalada: os direitos humanos não seriam sempre exigíveis internamente, justamente pela sua matriz internacional, tendo então uma inspiração jusnaturalista sem maiores consequências; já os direitos fundamentais seriam aqueles positivados internamente, justamente pela sua matriz constitucional. Ora, a evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos não se coaduna com essa diferenciação. No sistema interamericano e europeu de direitos humanos, os direitos previstos em tratados podem também ser exigidos e os Estados podem ser cobrados pelo descumprimento de tais normas (RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 50 e 51).

Desta forma, podemos conceituar direitos humanos como os direitos inerentes à pessoa humana, indispensáveis para o seu fim, que é a felicidade, protegidos no âmbito internacional por meio de Tratados e Convenções próprias.

Neste sentido, o grande marco de proteção dos direitos humanos é a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948³⁴. É a Declaração Universal dos Direitos Humanos que assegura a universalidade e indivisibilidade de tais direitos, bem como inaugura o sistema de proteção internacional da pessoa humana³⁵.

O direito à liberdade foi insistentemente protegido na Declaração de 1948, que entre outras liberdades, garantiu a liberdade de constituir família (artigo 16); a liberdade

Concordamos com ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS que tanto os direitos fundamentais (previstos na Constituição) quanto os direitos humanos (previstos em Tratados e demais normas internacionais) podem ser exigidos e cobrados pelo descumprimento. No entanto, apesar de ambos terem exigibilidade, os órgãos competentes para apreciar e decidir o pleito são, em regra, diversos, pois a proteção dos direitos previstos na Constituição é requerida perante os tribunais internos, enquanto os direitos previstos nos Tratados perante os Comitês internacionais. É verdade que a Constituição Federal reconhece a constitucionalidade de certos tratados internacionais de direitos humanos (artigo 5º, §§2º e 3º), fato que permitiria, também no âmbito interno, a aplicação dos direitos humanos garantidos no plano internacional, mas a forma como são assegurados tais direitos permanece distinta.

Por outro lado, quanto à utilização de ambos os termos “direitos fundamentais” e “direitos humanos” nos Tratados Internacionais e na Constituição Brasileira não concordamos com o autor citado. Isto porque, ainda que no âmbito internacional possam ser utilizados os dois termos, é nítida a preferência pelo termo direitos humanos. Já, na Constituição Federal Brasileira, parece claro que o constituinte adotou a distinção que aqui anunciamos, pois o termo “direitos fundamentais” é o nome do título em que a maior parte desses direitos estão positivados internamente (Título II), por outro lado, o termo “direitos humanos” é utilizado para fazer referência aos direitos reconhecidos no âmbito internacional, como se nota da redação dos artigos 4º, II; 5º, §3º; e 109, §5º; todos da Constituição, bem como o artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

³⁴ Aprovada pela Resolução n. 317-A da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

³⁵ Sobre a importância da Declaração Universal dos Direitos Humanos na internacionalização dos direitos inerentes ao ser humano, FLAVIA PIOVENSAN ensina:

“A Declaração de 1948 vem a inovar ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidades desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõem, assim, uma unicidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais.

A partir da Declaração de 1948, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros instrumentos internacionais de proteção. A Declaração de 1948 confere lastro axiológico e unidade valorativa a esse campo de Direito, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos”. (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 1ª edição. 2ª tiragem. Saraiva: 2007, p. 13).

de pensamento, consciência e religião (artigo 18); a liberdade de opinião e de expressão (artigo 19); a liberdade de reunião e associação (artigo 20); sem contar promoção da liberdade física, com a vedação das diversas formas de abusos ao ser humano como a escravidão ou servidão (artigo 4), a tortura ou penas cruéis e desumanas (artigo 5) e a prisão, detenção ou exílio arbitrários (artigo 6).

Cumprido notar que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 adotou como conceito de liberdade o mesmo que fora sustentado por Franklin Roosevelt ao definir as quatro liberdades ³⁶. Basta ler o preâmbulo da Declaração que registra as exatas quatro liberdades defendidas pelo Presidente norte-americano (liberdade de expressão, liberdade religiosa, liberdade de viver sem passar necessidade e liberdade de viver sem medo).

Fábio Konder Comparato nota tal referência:

“No segundo dos ‘consideranda’ do preâmbulo, a Declaração menciona explicitamente as ‘quatro liberdades’ proclamadas pelo discurso do Presidente Franklin Roosevelt, em 6 de janeiro de 1941. Ressalta-se, aí, que ‘o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum’” ³⁷.

O preâmbulo da Declaração ³⁸ é a porta de entrada do sistema de proteção internacional dos direitos humanos, sendo, assim, a menção às quatro liberdades é o primeiro alerta sobre como a liberdade deve ser tratada, ganhando grande enfoque a liberdade de expressão e a liberdade religiosa – temas que abordaremos no decorrer deste trabalho –, bem como a liberdade de viver sem passar necessidade e a liberdade de viver sem medo, enfoques que exigem a necessária participação ativa do Estado como

³⁶ Já fizemos referência ao discurso de Franklin Roosevelt sobre as quatro liberdades no ponto 2.1. Na nota de rodapé nº. 16 consta a transcrição do trecho final do discurso.

³⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. Op. Cit., p. 225.

³⁸ A importância do preâmbulo foi muito bem analisada por João Batista Herkenhoff, com os seguintes dizeres:

“Penso que a Declaração é um documento único, que não se cinde. O preâmbulo e os artigos guardam coerência.

As afirmações do preâmbulo são tão imperativas quanto as dos artigos, constituindo-se num marco de pensamento jurídico, que deve ser ultrapassado por novos avanços da civilização humana, jamais porém admitindo retrocessos”. (HERKENHOFF, João Baptista. *Direitos humanos: uma ideia, muitas vezes*. Aparecida, SP: Editora Santuário, 1998, p.58)

promotor da redução das desigualdades sociais e econômicas, bem como da solidariedade entre as pessoas e nações.

Adentrando no sistema internacional de proteção aos direitos humanos, percebe-se que o direito à liberdade foi ganhando cada vez maior amplitude e mecanismos de proteção. A começar pelos pactos de 1966 (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), que vieram para tornar juridicamente vinculantes os direitos contidos na Declaração, formando, junto com a própria Declaração de 1948, a Carta Internacional dos Direitos Humanos³⁹.

No campo da liberdade religiosa, tema que retomaremos nos próximos capítulos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos tornou expresso o direito à liberdade religiosa em seu artigo 18⁴⁰. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais, em seu artigo 13⁴¹, reconheceu o direito à educação, incluindo a liberdade

³⁹ Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. Op. Cit., p. 147 a 161.

⁴⁰ **Artigo 18 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, nos termos em que foi Promulgado pelo Decreto nº. 592, de 6 de julho de 1992:**

1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.
2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença de sua escolha.
3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas à limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.
4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos países e, quando for o caso, dos tutores legais de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.

⁴¹ **Artigo 13 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, nos termos em que foi Promulgado pelo Decreto nº. 591, de 6 de julho de 1992:**

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
2. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:
 - a) A educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos;
 - b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e torna-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;
 - c) A educação de nível superior deverá igualmente torna-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito;

dos pais de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções. No âmbito regional, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos também tratou de promover a liberdade religiosa, em seu artigo 12⁴², sendo que a liberdade de consciência e religião ficou a salvo de suspensão até mesmo em caso de guerra, perigo público ou quaisquer outras emergências que ameacem a independência ou segurança do Estado parte (como se nota artigo 27 da Convenção Interamericana, que permite a suspensão de alguns direitos⁴³).

d) Dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária;

e) Será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente.

1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.

2. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo Estado.

⁴² **Artigo 12 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, nos termos em que foi Promulgada pelo Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992:**

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.

3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.

4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções.

⁴³ **Artigo 27 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos:**

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados seguintes artigos: 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica); 4 (Direito à vida); 5 (Direito à integridade pessoal); 6 (Proibição da escravidão e servidão); 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade); 12 (Liberdade de consciência e de religião); 17 (Proteção da família); 18 (Direito ao nome); 19 (Direitos da criança); 20 (Direito à nacionalidade) e 23 (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.

3. Todo Estado Parte que fizer uso do direito de suspensão deverá informar imediatamente os outros Estados Partes na presente Convenção, por intermédio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, das disposições cuja aplicação haja suspenso, dos motivos determinantes da suspensão e da data em que haja dado por terminada tal suspensão.

Como os direitos humanos e a liberdade estão em constante evolução, os documentos acima citados, da metade do século passado, não foram suficientes para promover e proteger todas as necessidades essenciais dos seres humanos. Assim, uma série de outros documentos, tanto no sistema internacional, quanto no sistema regional, foram convencionados para proteger a liberdade.

Se, no plano internacional, a liberdade se transforma e se amplia com o passar dos anos, no plano interno do Estado Brasileiro, a liberdade também está em constante transformação.

1.4 A constitucionalização da liberdade no Brasil

A constitucionalização da liberdade no Brasil, assim como se poderia esperar, sofre grande influência das etapas de transformação da liberdade ao redor do mundo, porém, com certos retrocessos no liberalismo social e exageros de autoridade, que a instabilidade política e da democracia em nosso país, combinada com o abismo de desigualdade social entre os brasileiros, insiste em provocar.

A ideia de liberdade que se consagrou na Revolução Francesa, expressa na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, definida como liberdade dos modernos por BENJAMIN CONSTANT⁴⁴, chegou ao Brasil ainda no período colonial. Porém, foi a Constituição de 1824, primeiro documento político do país que se tornou independente em 7 de setembro de 1822, a responsável por importar o conceito de “liberdade dos modernos” para o Brasil.

A Constituição de 1824 teve como marca a inspiração no liberalismo, consagrando em seu texto, ainda que sem eficácia social e sem a intensão de ter⁴⁵, tudo o que havia de mais moderno na época⁴⁶.

⁴⁴ Vide ponto 2.1.

⁴⁵ O historiador Caio Prado Jr entende que a real intenção do Imperador ao outorgar Constituição com grande caráter liberal foi o de deixar muitas de suas garantias apenas no papel, *in verbis*: “Logo depois de dissolvida a Assembleia (Assembleia Constituinte de 1823), nomeara o imperador, para acalmar os ânimos, uma comissão elaboradora de um projeto constitucional. Tão bem-intencionado quis parecer que lhe concedeu apenas quarenta dias para apresentar seus trabalhos, e expressamente recomendou um máximo de liberalismo – no firme propósito, está claro, de deixar apenas no papel. O

Se por um lado, a Constituição do Império reconhecia o sentido moderno de liberdade na acepção de BENJAMIN CONSTANT, outros ensinamentos do mesmo liberal francês foram usados para fortalecer a antítese do Estado Liberal, que é o absolutismo. É a BENJAMIN CONSTANT que se atribui a paternidade do Poder Moderador. E, de fato, faz parte da obra do escritor francês a doutrina de um quarto poder, que seria o poder real, capaz de dar equilíbrio aos demais, quando estes estiverem misturados, em choque ou maculados⁴⁷. Porém, o modo como foi positivado no Império Brasileiro, única nação a aderir à tese de BENJAMIN CONSTANT, conferindo ao Imperador também o Poder Executivo, o Poder Moderador dava, ao soberano, autoridade próxima a dos monarcas absolutistas.

Esta era a percepção da titularidade do poder que tinha JOAQUIM NABUCO, ao reconhecer que o poder era praticamente do Imperador, como se nota do seguinte trecho da obra do memorável jurista pernambucano:

“Antes de tudo, o Reinado é do Imperador. De certo ele não governa diretamente e por si mesmo, cinge-se a Constituição e as formas do sistema parlamentar; mas como ele só é árbitro de vez de cada

novo projeto conservou em linhas gerais o sistema do anterior e do comum das constituições da época, de que aliás fartamente se inspirou” (PRADO JUNIOR, Caio. *Evolução política do Brasil: e outros estudos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 59).

⁴⁶ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22ª edição. rev. e atual, por Samantha Meyer-Pflug. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 156.

⁴⁷ Nas palavras do próprio Benjamin Constant, traduzido para o espanhol: *“Los tres poderes políticos, tales como los hemos conocido hasta de presente, á saber, el ejecutivo, el legislativo y judicial son tres resortes que deben cooperar cada uno por su parte al movimiento general: pero cuando éstos, sacados fuera de su lugar, se mezclan entre sí, se chocan ó embarazan, es necesario buscar una fuerza que los ponga en su lugar. Esta fuerza no puede existir en ninguno de los demas; y así, debe estar fuera, y ser neutra en cierta manera, á fin de que su acción se aplique en todas las partes donde sea necesaria, y para que preserve y repare sin ser hostil.*

La monarquía constitucional tiene esta gran ventaja, porque crea el poder neutro en la persona de un rey rodeado de las tradiciones de una memoria respetable y de un poder de opinión, que sirve de base al político. El interés verdadero de uno de los poderes destruya al ótro, sino el que todos se apoyen, se comuniquen entre sí, y obren de concierto.

El poder legislativo reside en las asambleas representativas con la sanción del rey, el ejecutivo en los ministros, y el judicial en los tribunales. El primero hace las leyes, el segundo provee á su ejecución general, el tercero las aplica á los casos particulares. El rey está en medio de estos tres poderes como autoridad neutra é intermediaria, sin algún interés bien entendido en quitar el equilibrio, teniéndolo por el contrario muy particular en mantenerle.”

(CONSTANT, Benjamin. *Curso de política constitucional*. Tomo Primero. Traducido libremente al español por D. Marcial Antonio Lopez. Madrid: Imprenta de la compañía, 1820, pp. 32 e 33).

*partido e de cada estadista, e como está em suas mãos o fazer e desfazer os ministérios, o poder é praticamente dele”*⁴⁸.

Desta forma, ainda que inspirada nos ideais liberais do final do século XVIII, sendo o Imperador autoridade semi-absoluta⁴⁹, com a manutenção da escravidão até 1888, a monocultura latifundiária, os privilégios da nobreza, voto censitário, religião oficial⁵⁰, a liberdade no Império estava muito aquém do que, àquela altura, o mundo já desfrutava.

Se a evolução da liberdade no Brasil, já estava atrasada no Império, após a proclamação da República, o processo permaneceu em ritmo lento e pausado.

É verdade que com a proclamação da república, em 15 de novembro de 1889, o poder moderador foi extinto, a liberdade religiosa foi garantida e a autonomia dos Estados da nova Federação foi assegurada⁵¹. Porém, sucedeu o decreto da República a primeira ditadura do Brasil, quando a autoridade do Império deu lugar ao Governo Provisório, liderado pelo Marechal Deodoro da Fonseca, que se intitulava regente da nação até a eleição do congresso constituinte⁵².

Logo, porém, foi eleito o Congresso Constituinte, que se instalou em 15 de novembro de 1890. Em pouco mais de três meses, o Congresso cumpriu sua missão, promulgando a Constituição de 1891.

⁴⁸ NABUCO, Joaquim. *Um estadista do Império: Nabuco de Araújo: sua vida, suas opiniões, sua época*. Rio de Janeiro: H. Garnier livreiro-editor, 1899, p. 553 e 554, disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/179441>>, acesso em 23 de outubro de 2018.

⁴⁹ A autoridade semi-absoluta do Imperador é também relatada por LUÍS ROBERTO BARROSO, que ensina: “*É inegável, contudo, que a Carta do Império fundava-se em certo compromisso liberal, a despeito de jamais haver sido encarada pelo imperador como fonte de legitimidade do poder que exercia. O mando pessoal, semi-absoluto, ora guardava mera relação formal com a estrutura normativa da Constituição, ora simplesmente a ignorava*”. (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8ª edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 9).

⁵⁰ A ausência de liberdade religiosa no Império será objeto do tópico 3.1 deste trabalho.

⁵¹ Adiante, no tópico 3.2, vemos a importância do Decreto de 15 de novembro de 1889 para a liberdade religiosa.

⁵² Como se nota do artigo 4º do Decreto de 15 de novembro de 1889:

Art. 4º - *Enquanto, pelos meios regulares, não se proceder à eleição do Congresso Constituinte do Brasil e bem assim à eleição das Legislaturas de cada um dos Estados, será regida a Nação brasileira pelo Governo Provisório da República; e os novos Estados pelos Governos que hajam proclamado ou, na falta destes, por Governadores delegados do Governo Provisório.*

A Constituição de 1891, inspirada na Constituição dos Estados Unidos, garantiu os direitos individuais à liberdade, à segurança pessoal e à propriedade (art.72), estabeleceu a liberdade política com o sufrágio direto da Nação (art. 47), bem como aderiu à tripartição de poderes entre Executivo, Legislativo e Judiciário (art. 15).

Ocorre que, o novo texto constitucional não foi capaz de transformar e comandar o país. O primeiro Presidente da República, Marechal Deodoro da Fonseca, agora legitimado pela eleição indireta nos termos do artigo 1º das Disposições Transitórias da Constituição de 1891 ⁵³, não conseguiu terminar seu primeiro ano de mandato constitucional, entrando em choque com o Congresso Nacional. Deodoro determina a dissolução do Congresso em 3 de novembro de 1891, rompe com a recém redistribuição de funções entre os poderes da república, e decreta o estado de sítio, suspendendo as garantias constitucionais. E, na sequência, se vê obrigado a renunciar por imposição das forças armadas, orientadas pelo Marechal Floriano Peixoto, o então Vice-Presidente e opositor de Deodoro.

Floriano Peixoto assume e, menosprezando a Constituição, que determinava a convocação de novas eleições na vacância dos cargos de presidente ou de vice nos primeiros dois anos de mandato (art. 42), permanece no Poder ⁵⁴. Seu governo, marcado

⁵³ Art 1º - Promulgada esta Constituição, o Congresso, reunido em assembléia geral, elegerá em seguida, por maioria absoluta de votos, na primeira votação, e, se nenhum candidato a obtiver, por maioria relativa na segunda, o Presidente e o Vice-Presidente dos Estados Unidos do Brasil.

§ 1º - Esta eleição será feita em dois escrutínios distintos para o Presidente, e o Vice-Presidente respectivamente, recebendo-se e apurando-se em primeiro lugar as cédulas para Presidente, e, procedendo-se em seguida do mesmo modo para o Vice-Presidente,

§ 2º - O Presidente e o Vice-Presidente, eleitos na forma deste artigo, ocuparão a Presidência e a Vice-Presidência da República durante o primeiro período presidencial.

§ 3º - Para essa eleição não haverá incompatibilidades.

§ 4º - Concluída ela, o Congresso dará por terminada a sua missão constituinte, e, separando-se em Câmara e Senado, encetará o exercício de suas funções normais a 15 de junho do corrente ano, não podendo em hipótese alguma ser dissolvido.

§ 5º - No primeiro ano da primeira Legislatura, logo nos trabalhos preparatórios, discriminará o Senado o primeiro e o segundo terço dos seus membros, cujo mandato há de cessar no termo do primeiro e do segundo triênios.

§ 6º - Essa discriminação efetuar-se-á em três listas, correspondentes aos três terços, graduando-se os Senadores de cada Estado e os do Distrito Federal pela ordem de sua votação respectiva, de modo que se distribua ao terço do último triênio o primeiro votado no Distrito Federal e em cada um dos Estados, e aos dois terços seguintes os outros dois nomes na escala dos sufrágios obtidos.

§ 7º - Em caso de empate, considerar-se-ão favorecidos os mais velhos, decidindo-se por sorteio quando a idade for igual.

⁵⁴ Floriano Peixoto justificou a permanência no poder com o artigo 1º, §2º, das disposições transitórias (vide nota anterior), afirmando que por se tratar do primeiro mandato presidencial, ainda não se aplicaria o artigo 42 da Constituição.

pelo caráter nacionalista e centralizador, teve a aplicação de diversas medidas de exceção e limitadoras da liberdade como o estado de sítio e a intervenção federal ⁵⁵.

Assim, nas palavras de LUÍS ROBERTO BARROSO, “*a República se inicia de forma melancólica, densamente autoritária, omissa na questão social, elitista no seu desprezo à conscientização popular*” ⁵⁶.

Os governos subsequentes da República Velha (1889 a 1930) tampouco conseguiram sequer permitir a realização de muitas das garantias individuais da Constituição de 1891, quanto mais aprimorar o texto para assegurar os direitos sociais. A real força de poder, no período posterior à ditadura de Floriano Peixoto, era o coronelismo, que com base na troca de favores, a coerção de seus subalternos e a fraude eleitoral, dominava o verdadeiro acesso ao poder – os coronéis impunham os governadores e estes escolhiam, alternadamente entre as forças dominantes da época, o Presidente da República (a chamada política dos governadores) –, enfraquecendo, ou melhor, inutilizando, a liberdade política ⁵⁷.

A política dos governadores só chega ao fim com a Revolução de 1930 ⁵⁸. Sem garantir a liberdade política, com a institucionalização de novo Governo Provisório,

⁵⁵ Neste sentido, Paulo Bonavides classifica o governo do Marechal Floriano Peixoto como a segunda ditadura do Brasil Republicano, *in verbis*:

“*Estabelecida a nova ordem constitucional, Floriano Peixoto, sucessor de Deodoro da Fonseca, sob o pretexto de consolidar a República e prevenir o retorno à Monarquia, desencadeou forte repressão militar a supostas conspirações restauradoras. Disso resultou a segunda ditadura enfaixada no berço da República.*

O Marechal Floriano a exercitou com um governo pontilhado de medidas de exceção, perseguições políticas, decretação de estado de sítio, intervenções federais em Estados membros, quebrantando-lhes a autonomia federativa, reformando altas patentes das forças armadas, determinando prisões de generais e almirantes, estabelecendo censura feroz aos órgãos de imprensa, provocando revolta da esquadra, deportações, fuzilamentos, exílio de Rui Barbosa; criavam, em suma, um estado geral de pânico, insegurança, aflição e mal-estar que se alastrava por toda a nação”.

(BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. 10ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 572).

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Op. Cit., p. 13

⁵⁷ Neste sentido, JOSÉ AFONSO DA SILVA ensina: “*O coronelismo fora o poder real e efetivo, a despeito das normas constitucionais traçarem esquemas formais de organização nacional com a teoria da divisão de poderes e tudo. A relação de força dos coronéis elegia os governadores, os deputados e senadores. Os governadores impunham o Presidente da República. Nesse jogo, os deputados e senadores dependiam da liderança dos governadores. Tudo isso forma uma constituição material em desconsonância com o esquema normativo da Constituição então vigente e tão bem estruturada formalmente.* (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Op. Cit., p. 82).

⁵⁸ Seguimos o entendimento de LUÍS ROBERTO BARROSO, segundo o qual:

“*O movimento de 1930, a despeito dos desvios que, posteriormente, apresentou no seu curso originário, foi a única revolução da República, no sentido de transformação de estruturas e renovadas instituições. Mas tal entendimento há de ser temperado cum grano salis. Embora sendo mais do que uma mudança de*

estabelecido formalmente por meio do Decreto nº. 19.398, de 11 de novembro de 1930, Getúlio Vargas se volta, porém, para a questão social, criando, entre outras medidas, o Ministério do Trabalho e o voto feminino no Código Eleitoral de 1932.

A ordem constitucional, no entanto, só ressurge com a Constituição de 1934, promulgada em 16 de julho. Além de manter os direitos individuais proclamados na Constituição anterior, a Carta de 1934 constitucionaliza os direitos sociais, dando espaço ao direito à educação e à cultura.

Na vigência da nova ordem Constitucional, Vargas se mantém no poder, pois é eleito em votação indireta, realizada ainda em 1934, nos termos do artigo 1º das Disposições Transitórias desta nova Constituição.

Com o término do mandato de quatro anos do primeiro governo sob a égide da nova Constituição se aproximando, a sucessão presidencial novamente é motivo para rejeição da Constituição e prevalência do autoritarismo⁵⁹. Só que desta vez, a recém promulgada Constituição de 1934 é substituída pela outorgada Constituição de 1937.

A Constituição de 1937 se inspirou no fascismo e veio junto com a dissolução do Congresso Nacional, que permaneceu fechado por todo o Estado Novo (1937 a 1945). Por outro lado, a Constituição estava sujeita à aprovação por plebiscito nacional (artigos 178 e 187), o que poderia lhe conferir legitimidade pela via democrática. Porém, o plebiscito jamais ocorreu e, com isso, o ditador acumulou os Poderes executivo e legislativo, este último exercido pela edição de decretos-leis com os quais legislava sobre todas as matérias de competência da União, conforme lhe permitia o artigo 180.

mera acomodação, era rasa em profundidade: representava a quebra da hegemonia absoluta do setor agrário exportador, que passava a partilhar o poder político e econômico com a burguesia industrial. Disputa na classe dominante, sem maior ambição por transformações sociais mais amplas”.

(BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Op. Cit., p. 19)

⁵⁹ A justificativa para o golpe e rompimento com a forma de escolha para a sucessão presidencial foi a primeira de várias outras vezes em que se usou a ameaça comunista para retroagir na conquista social e da liberdade. Demonizando o comunismo e encontrando, assim, o inimigo que a pátria precisa lutar para vencer o mau, tem início, no Brasil, a mais recorrente forma de perseguição política, desta vez não contra os que creem em outro ou nenhum Deus, os infiéis, como se fazia na Idade Média, mas contra os que pensam diferente.

A Constituição da Ditadura de Getúlio Vargas foi, também, responsável por outros graves retrocessos à liberdade, tais como: a previsão de pena de morte para civis, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo e da radiodifusão e a restrição ao direito de greve, declarado antissocial.

Em 1945, o autoritarismo e nacionalismo saiu derrotado na Europa e, também, no Brasil. Embora Getúlio Vargas tenha acolhido a ideia de convocar eleições para presidente com a aprovação da Lei Constitucional nº. 9, passados catorze anos em que fora o único ocupante do cargo, o medo da sua permanência na tão cobiçada função de chefe do Poder Executivo implicou na sua deposição.

Deposto o Ditador, haveria de se promulgar nova Constituição, restabelecendo a evolução da conquista da liberdade, oprimida no Estado Novo. A nova Constituição foi promulgada em 18 de setembro de 1946.

A Constituição de 1946 retoma os valores da Constituição de 1934, perdidos no Estado Novo⁶⁰, a pena de morte para civis volta a ser vedada, junto com as penas de banimento, de confisco e de caráter perpétuo, o direito de greve é restabelecido, assim como o mandado de segurança e a ação popular, também ausentes do texto de 1937. Além disso, ganha âmbito constitucional a liberdade de criação de organizações partidárias.

Por outro lado, as crises no período em que esteve em vigor foram várias, desde a que levou Getúlio Vargas ao suicídio em 1954 até a que provocou o Golpe Militar de 1964. Ainda que importante no restabelecimento da democracia e na garantia de

⁶⁰ Sobre a Constituição de 1946, ensina PINTO FERREIRA: *“De um modo geral ela repetiu os pontos de vista essenciais existentes na Constituição de 1934. Não aderiu ao socialismo, tampouco manteve na linha rígida do individualismo. Inspirou-se na técnica da democracia social weimariana. Por isso mesmo regulou diversos problemas alusivos à ordem social e econômica, à família, educação e cultura, permitiu técnicas mais amplas de intervencionismo, procurou combater a força econômica dos trustes e mesmo estendeu ao trabalhador rural as garantias dadas ao operário, embora nunca se aplicassem tais medidas”* (FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 59).

direitos, a Constituição de 1946 não se realizou plenamente ⁶¹ e foi abruptamente assassinada ⁶², junto com a maior parte de suas garantias, pelo Golpe de 1964.

O Golpe Militar iniciou mais uma fase de retrocesso na evolução da liberdade no Brasil ⁶³. Com a edição dos Atos Institucionais, que estavam acima da Constituição, o constitucionalismo, que se caracteriza pela vontade do povo, expresso em Assembleia Constituinte, foi aniquilado no Brasil.

Além disso, o Ato Institucional que inaugurou a Ditadura Militar (Ato Institucional de 9 de abril de 1964), de pronto reforçou a competência do Presidente de decretar estado de sítio, limitando a liberdade individual, suspendeu as garantias constitucionais ou legais de vitaliciedade e estabilidade, bem como autorizou a cassação de mandatos e a suspensão de direitos políticos, ferindo, mais uma vez, a liberdade política. O Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, entre outras restrições, extinguiu os partidos políticos. Era o fim da democracia no Brasil.

Em 1967, foi outorgada pela Ditadura Militar nova Constituição ⁶⁴. A Constituição de 1967, além da centralização do poder na figura do Presidente da

⁶¹ Neste sentido, JOSÉ AFONSO DA SILVA entende que o fato de não ter como base projeto preordenado e ter se formado a partir dos textos de 1891 e 1934, peças de ficções para suas épocas, contribuiu para que a Constituição de 1946 não se realizasse plenamente (Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Op. Cit., p. 87).

⁶² Embora o primeiro Ato Institucional, de 9 de abril de 1964, tenha mantido a vigência da Constituição de 1946, estava certo de que a supremacia não estava mais na Lei Fundamental em vigor, mas nos atos e medidas que seriam tomadas pelos novos titulares do poder.

⁶³ De modo sucinto, o Golpe de 1964 começa a ganhar força em 1961, quando o Presidente eleito Jânio Quadros renuncia ao cargo (é verdade que 10 anos antes, a ameaça do golpe já estava presente, mas o falecimento de Getúlio Vargas conseguiu impedi-lo). Com a renúncia de Jânio, nos termos da Constituição de 1946, deveria assumir o vice-presidente João Goulart, o Jango, que, no entanto, era vetado pelos Militares. Para conter os ânimos dos militares, restringindo o poder de Jango, o Congresso Nacional aprova a Emenda Constitucional nº. 4 de 1961, que institui o parlamentarismo no Brasil. Assim, o Poder Executivo seria exercido pelo Presidente da República e pelo Conselho de Ministros. Porém, em 1963, insatisfeito com a restrição da sua autoridade, Jango consegue aprovar plebiscito para escolha do sistema de governo. Em plebiscito realizado em 6 de janeiro de 1963, a população optou com larga vantagem (mais 80% dos votos válidos) pelo retorno do presidencialismo. Desta forma, a Emenda nº. 6 de 1963 revogou a Emenda nº. 4, restabelecendo todos os poderes do Presidente da República. Munido de toda a força do presidencialismo e com apoio popular demonstrado no plebiscito, Jango inaugura uma série de reformas, que poderiam impactar positivamente na consagração da liberdade social, são propostas, entre outras medidas, a reforma agrária e a reforma educacional. No entanto, entre os dias 31 de março e 1º de abril, João Goulart foi deposto pelos militares. A justificativa para o golpe, mais uma vez, é a desculpa da ameaça comunista (vide nota de rodapé nº. 59).

⁶⁴ O Congresso Nacional foi convocado para se reunir extraordinariamente para discutir e votar a Constituição, nos termos de outro Ato Institucional, o Ato nº. 4. Porém, além da convocação autoritária, o Congresso tinha prazo exíguo para apreciar o projeto apresentado pela Ditadura, de 12 de dezembro de 1966 a 24 de janeiro de 1967, forçando a concluir que o texto foi meramente homologado.

República, teve entre suas marcas a redução da autonomia individual, com a possibilidade de suspensão de liberdades garantidas⁶⁵.

O pior, no entanto, ainda estaria por vir e consistiu na edição do Ato Institucional nº. 5, de 13 de dezembro de 1968. A Constituição de 1967 não previa a edição de atos institucionais, porém, deixando claro o caráter apenas nominal do texto constitucional, o Ato foi arbitrariamente editado, limitando ainda mais a liberdade.

O Ato Institucional nº 5 previu a possibilidade de o Presidente decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente, agredindo a separação dos poderes. Com o ato, a autonomia dos Estados e Municípios se viu completamente abalada com a possibilidade de decretação de intervenção federal nos Estados e Municípios sem as limitações previstas na Constituição. O Ato permitia, também, ao contrário do que estipulava a recém outorgada Constituição, a suspensão dos direitos políticos de qualquer cidadão pelo prazo de dez anos e cassação de mandatos eletivos. As garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade estavam novamente suspensas. Ademais, o Presidente poderia decretar o confisco de bens de todos que tivessem enriquecido ilicitamente no exercício do cargo ou função, infringindo o devido processo legal e a presunção de inocência, uma vez que erro o confiscado que haveria de provar a legitimidade da aquisição para a sua restituição. A garantia constitucional do *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular, também ficou suspensa, atacando, mais uma vez, a liberdade. Por fim, o Ato proclamava que os atos praticados de acordo com seus mandamentos e dos atos complementares ficavam excluídos da apreciação do Judiciário, ignorando completamente, de novo, a separação dos poderes.

Como destacou CELSO RIBEIRO BASTOS sobre o Ato Institucional nº. 5:

⁶⁵ Neste sentido, CELSO RIBEIRO BASTOS afirma sobre a Carta de 1967: “Ponto muito importante foi a redução da autonomia individual, permitindo suspensão de direitos e garantias constitucionais, no que se revela mais autoritária do que as anteriores” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. Op. Cit., p. 198).

*“esse ato marcado por um autoritarismo ímpar do ponto de vista jurídico, conferindo ao Presidente da República uma quantidade de poderes de que muito provavelmente poucos déspotas na história desfrutaram, tornando-se marco de um novo surto revolucionário, dando tônica do período vivido na década subsequente”*⁶⁶.

Após a edição do Ato Institucional nº 5, outros atos foram expedidos, o que confirmava que a fonte de poder não era o povo e, nem mesmo a Constituição imposta. O principal destes atos foi o Ato Institucional nº. 12, de 1º de setembro de 1969, que em novo registro de descumprimento da sucessão ou substituição presidencial da história do Brasil, modificou a linha sucessória do Presidente da República⁶⁷.

Ainda em 1969, foi editada a Emenda Constitucional nº. 1 de 17 de outubro, com novo texto para a Constituição de 1967. Tratava-se de nova Constituição⁶⁸, que, no entanto, manteve em vigor o Ato Institucional nº. 5 e os demais atos posteriormente baixados.

O período ficou marcado por graves violações aos direitos humanos como a tortura, o desaparecimento forçado, a perseguição política, a ausência de liberdade de expressão e a censura dos meios de comunicação. A Constituição outorgada de 1969 tinha vigência meramente nominal na parte em que conferia direitos e garantias fundamentais, restando totalmente prejudicado o direito à liberdade⁶⁹.

O rumo da liberdade e da democracia demorou a seguir adiante. Os retrocessos com a ditadura militar foram enormes, a desigualdade social se intensificou no período e

⁶⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. Op. Cit., p. 199.

⁶⁷ No começo de setembro de 1969, o Ditador Costa e Silva, por motivo de doença, fica impossibilitado de governar. Ocorre que, o substituto constitucional de Costa e Silva era Pedro Aleixo, civil. Assim, para manter o controle do cargo mais importante do país, a Ditadura editou o Ato Institucional nº. 12, conferindo temporariamente o Poder Executivo aos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar.

⁶⁸ JOSÉ AFONSO DA SILVA ensina que a Emenda Constitucional nº. 1 de 17 de outubro de 1969 era, na verdade, nova Constituição, *in verbis*: “*Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: Constituição da República Federativa do Brasil, enquanto a de 1967 se chamava apenas Constituição do Brasil*” (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Op. Cit., p. 89).

⁶⁹ Neste sentido, LUÍS ROBERTO BARROSO descreve: “*A Constituição teve vigência meramente nominal em grande número de seus preceitos. Com efeito, ressalvada sua parte orgânica, jamais se tornou efetivo o amplo elenco de direitos e garantias individuais, paralisados pela vigência indefinida do AI nº. 5. Os direitos sociais, generosamente enunciados no título dedicado à Ordem Econômica e Social, jamais deixaram de ser uma ‘folha de papel’, para utilizar a expressão de Lassalle*” (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Op. Cit., p. 39).

a prática de violação às liberdades civis com o abuso da força policial até hoje não foi superada.

A democracia só seria reestabelecida a partir do momento em que a própria Ditadura fixou, por meio de processo *“lento, gradual e seguro”*, as etapas desse processo. As principais etapas desta duradoura conquista civil no Brasil foram a abertura política, ainda em 1978, e a eleição indireta de Tancredo Neves, que encerrou o longo período do regime militar.

O Presidente Tancredo Neves havia prometido nomear uma Comissão de Estudos Constitucionais incumbida de redigir anteprojeto de Constituição e convocar eleições para um futuro Poder Constituinte que elaboraria a Constituição da Nova República do Brasil. Ocorre que por motivo de doença, o Presidente eleito não tomou posse no cargo e acabou falecendo em 21 de abril de 1985, assumindo seu vice, José Sarney, que esteve ao lado do regime militar durante grande parte de sua vida política, criando certa desconfiança na população. Todavia, o Presidente José Sarney manteve o compromisso de Tancredo Neves com o povo brasileiro, nomeando a referida Comissão e enviando ao Congresso Nacional proposta de Emenda Constitucional convocando a Assembleia Constituinte, aprovada como Emenda Constitucional nº. 26, de 27 de novembro de 1985 ⁷⁰.

A Assembleia Nacional Constituinte foi instalada em 1º de fevereiro de 1987 pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Carlos Moreira Alves, e, contando com grande apoio e participação popular, elaborou o texto da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgado em 5 de outubro de 1988.

A Constituição Federal de 1988 entra em vigor com a missão de, enfim, permitir, definitivamente, a democracia representativa no Brasil, bem como consagrar a liberdade no seu mais atual estágio ⁷¹.

⁷⁰ Cf. SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Op. Cit., p. 91.

⁷¹ A história republicana do Brasil narrada neste capítulo demonstra o maltrato que a liberdade e a democracia tiveram em nosso país.

PAULO BONAVIDES entende que *“os traços mais relevantes da era republicana afigura-se-nos possível resumir, em seguida, por amostra daquilo que a história do Brasil há sido, debaixo da forma presidencial de governo, o desastre da liberdade e o eclipse da democracia representativa”*. (BONAVIDES, Paulo. *Teoria geral do Estado*. Op. Cit., p. 571).

Na Constituição atual, o direito à liberdade é formalmente previsto no artigo 5º, *caput*, ao lado do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade. Nos incisos do artigo 5º, diversas formas de liberdade individual são, minunciosamente, asseguradas. A necessidade de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, única forma de se permitir o exercício coletivo da liberdade ⁷², é posta como objetivo fundamental da República (artigo 3º). É extenso, o rol de direitos sociais da Constituição (educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, nos termos do artigo 6º).

Constata-se que houve um esforço do constituinte na promoção da liberdade. Ademais, a Constituição traz cláusula aberta, que permite a consagração de outros direitos não formalmente escritos no seu texto, mas que decorram do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (artigo 5º, §2º).

Mas, qual será o sentido de liberdade que a Constituição Federal de 1988 consagrou?

Sabe-se que o sentido de liberdade não é mais o do liberalismo da Revolução Francesa, como já demonstrado neste capítulo, tampouco o do neoliberalismo ⁷³, pois

As Constituições anteriores à 1988 não foram capazes de dominar o processo político e cumprir com os objetivos fixados no texto. Neste sentido, LUÍS ROBERTO BARROSO, fazendo referência à classificação das constituições quanto à proximidade do programa normativo de KARL LOEWENSTEIN, na qual o ideal é que as constituições sejam normativas, percebe que, na República, as Constituições de 1891, 1934 e 1946 foram nominais (não conseguiram atingir seus objetivos formalmente previstos), enquanto que as Cartas de 1937, 1967 e 1969 foram semânticas (formalização do poder existente para o exclusivo benefício dos detentores do poder de fato). Nenhuma de nossas Constituições passadas foi normativa (Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Op. Cit., p. 65).

⁷² Como já mencionamos neste capítulo, a liberdade não se confunde com o individualismo, vivendo em sociedade, para que haja liberdade é necessário proporcionar meios para que todos os membros consigam alcançar seus objetivos pessoais (vide pontos 1.1, 1.2 e 1.3).

⁷³ Vale dizer que a Constituição Federal não consagra a tese do neoliberalismo. É esta a lição de OSCAR VILHENA VIEIRA:

“O que vai afastar os neoliberais dos liberais stricto sensu é que para os primeiros a esfera de liberdade impassível de qualquer restrição é muito maior e a propriedade é seu esteio. Desde Locke a propriedade foi colocada no centro da preocupação de grande parte das teorias liberais. Importante dizer, no entanto, que a propriedade para Locke não se resumia apenas ao domínio sobre bens, materiais ou imateriais, podendo seu titular dela dispor como melhor lhe aprouvesse”.

(...)

estes ignoram a questão social e a necessidade de se conferir liberdade que seja igual para todos. Nada adianta que só alguns sejam livres, como ainda acontece atualmente.

A liberdade de querer (ou liberdade da necessidade) implica na atuação positiva do Estado para permitir o exercício coletivo da liberdade. Conseqüentemente, certo grau de autoridade é exigível, mas a Constituição impõe os limites da intervenção do Estado e tais limites não de ser respeitados.

Como a erradicação da pobreza e marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais é inserida como meta da República, o conceito de liberdade está estritamente associado com a proteção coletiva.

“A posição da propriedade, que é central na obra de Locke, tem uma conotação bastante distinta daquela que é empregada pelos neoliberais do século XX. Para Locke o que importa em primeiro lugar é a propriedade que cada um tem sobre si. Nesse sentido, a propriedade lockeana em muito se aproxima da ideia de dignidade, a partir da proposição de que cada pessoa é um fim em si mesma, não podendo ser jamais tratada como objeto de interesses alheios. A pessoa como propriedade de si mesma nos impõe conclusões semelhantes, pois racionalmente jamais poderemos nos alienar, ou seja, nos transformar em objeto do outro. Também cumpre destacar na concepção de propriedade de Locke a importância do trabalho. A propriedade original não se adquire pelo domínio, mas pelo trabalho, pela capacidade que a pessoa tenha de agregar valor àquilo que se encontra virgem na Natureza, o que só deverá ocorrer enquanto ‘houver bastante e igualmente de boa qualidade em comum para terceiros’. Locke antecipa a noção de escassez, como limitação à aquisição original de recursos naturais.

O que os neoliberais retiram de Locke, no entanto, é a ideia de que a propriedade constitui uma esfera de domínio absoluto de seu titular, que deve excluir todas as demais pessoas. Baseando na hipótese de aquisição legítima da propriedade original, que por intermédio de sua tradição aos tempos atuais chegou às mãos de seus proprietários contemporâneos, é que Nozick irá reivindicar que é indevida qualquer forma de onerar a propriedade. Ao cobrar impostos sobre a riqueza de uma pessoa o Estado estará escravizando seu titular, ao trata-lo como meio para o atingimento de seus próprios fins. Podendo seu titular dispor de sua propriedade sem qualquer restrição, esta se transforma no meio por excelência para proteção da liberdade. Ao associar a propriedade à liberdade, os neoliberais demandam uma limitação máxima ao poder do Estado. Mesmo a lei ou o devido processo legal devem encontrar aí uma limitação substantiva e absoluta. Para essa corrente de pensadores o Estado deve agir apenas como defensor dos direitos de propriedade, favorecendo um relacionamento livre e desimpedido entre os atores econômicos. Recolocam, assim, a posição fundamental de Adam Smith, para quem ‘o primeiro e determinante desígnio de todo sistema de governo é manter a justiça; prevenir os membros da sociedade de interferir na propriedade alheia, e não usurpar o que não lhes for próprio. O desígnio aqui é dar a cada um a posse segura e pacificada de sua própria propriedade’. Cumpre destacar, no entanto, que em sua proposição original o Liberalismo jamais chegou a manifestar hostilidade similar à dos neoliberais em relação ao Estado.

Esta forma de liberdade no uso da propriedade não é assegurada por nosso ordenamento constitucional. Basta ler o art. 5º, XXII e XXIII, de nossa CF, que, embora assegurem o direito à propriedade, determinam que ‘a propriedade atenderá à sua função social’. O mesmo fazem o art. 170, II, da CF. Estabeleceu-se, dessa forma, um regime de propriedade onde seu titular não se encontra na posição de soberano, que dispõe de toda a liberdade para fruir de forma absoluta de seu domínio. A liberdade de utilizar ou não utilizar a propriedade deverá ser regulada pelo Estado, de forma a se harmonizar com outros direitos e interesses conferidos aos demais membros da sociedade”.

(VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 140 a 142)

Desta forma, a construção e o desenvolvimento dos direitos humanos, que assim como a liberdade estão sendo gradativamente assegurados, deve servir como parâmetro do intérprete constitucional na aplicação dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição.

Percebe-se que a Constituição tem mecanismos para permitir que a liberdade evolua em benefício de todos, principalmente se as autoridades não desviarem dos objetivos propostos pelo Constituinte (artigo 3º). Ainda falta, no entanto, plena eficácia social à nossa Carta Magna, que em razão de graves abusos no exercício dos poderes e descumprimentos dos direitos sociais, corre o risco de ficar para história como mais um Constituição meramente nominal.

2. – CONCEITO DE RELIGIÃO E AS FORMAS MODERNAS DE RELIGIOSIDADE

O presente trabalho tem como escopo definir o alcance da liberdade religiosa, especialmente no Brasil. Para tanto, é preciso compreender o que se entende por religião, antes de delimitar a proteção constitucional ao fenômeno religioso.

A liberdade, como definimos no capítulo anterior, não se limita à não intervenção na esfera da autonomia individual, mas, em contrapartida, pode implicar na necessidade de intervenção do Estado para reduzir as desigualdades de direitos e oportunidades, habilitando o usufruto do direito pela coletividade. Ademais, como também já anunciamos, não é possível fechar o conteúdo da liberdade, pois a liberdade está em constante evolução.

Embora o conceito de liberdade ainda esteja em construção, impossibilitando a definição absoluta do seu sentido ⁷⁴, algumas espécies de liberdade receberam especial atenção, por se destacarem como fundamentais na proteção do ser humano. São elas a liberdade de viver sem passar necessidade, a liberdade de viver sem medo, a liberdade de expressão e a liberdade religiosa. Essas quatro liberdades, anunciadas pelo Presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt em discurso de 1941 ⁷⁵, e reconhecidas no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos ⁷⁶, consistem na mais alta aspiração da comunidade universal ⁷⁷.

Conclui-se, desta forma, que a liberdade religiosa faz parte da mais alta aspiração do ser humano.

⁷⁴ Vide ponto 1.1 *O conceito histórico de liberdade*.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ Vide ponto 1.3 *Liberdade como direito humano*.

⁷⁷ Neste sentido é o Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

...
Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum,

...

Tal conclusão não se extrai somente do reconhecimento expresso no discurso e na declaração da década de 40 do século passado, mas do significado que o fenômeno religioso ainda tem na sociedade, bem como da necessidade de permitir e respeitar a coexistência de diversas convicções religiosas como forma de manutenção da identidade de cada qual e da convivência pacífica entre os seres.

Desde o iluminismo, no século XVIII, com a quebra da autoridade e o controle impositivo da religião na vida social da Idade Média, o predomínio da razão e os avanços da ciência, criou-se a expectativa de que o fenômeno religioso diminuiria até, finalmente, desaparecer da vida social.

Isto é, a modernidade, com a secularização, seria responsável pelo declínio e, até mesmo a extinção, da religião. Esta era a base de uma das teorias da secularização⁷⁸, respaldada pelos ensinamentos das principais influências do pensamento contemporâneo.

KARL MARX entendia a religião como meio de alienação⁷⁹, criada pelo homem como solução do oprimido. Ilusória, a religião haveria de ser desmascarada, sendo a verdadeira felicidade do povo alcançada somente com o suprimento da religião⁸⁰.

⁷⁸ Se faz necessário distinguir aqui o conceito de secularização com as diferentes teorias sobre a secularização. Secularização é conceituada como a passagem, a transferência ou realocação de pessoas, coisas, funções, sentidos, e assim por diante, do seu local tradicional na esfera religiosa para a esfera secular, não religiosa. Já a teoria da secularização, conforme entende JOSÉ CASANOVA, é composta por uma tese, segundo a qual a modernidade passa por processo de diferenciação funcional e emancipação da esfera secular – principalmente o estado, a economia e a ciência – da esfera religiosa e a concomitante distinção da religião dentro da recém fundada nova esfera religiosa, e duas subteses frequentemente atreladas a ela, supostamente destinadas a explicar o que vai acontecer com a religião após o processo de secularização. A primeira dessas subteses, chamada de tese do declínio da religião, prevê o encolhimento e eventualmente o desaparecimento da religião como resultado do processo de secularização. A segunda, conhecida como tese da privatização, prevê que o processo de secularização importaria na transferência da religião para a vida privada e a marginalização da religião no mundo moderno. (Cf. CASANOVA, José. *Public religions in the modern world*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994, p. 11 a 39). Partindo da teoria da secularização como foi sistematizada por JOSE CASANOVA, como se demonstrará adiante, tanto a subtese de declínio da religião, quanto a subtese de privatização não se confirmaram na atualidade.

⁷⁹ Além de MARX, também SIGMUND FREUD e FRIEDRICH NIETZSCHE compreendiam a religião como fenômeno alienante. Assim, a superação da alienação, necessariamente implicaria no fim da religião.

⁸⁰ Cf. MARX, Karl. *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*. Transcrito por Eduardo Velinho, 1843-1844, disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/ma000054.pdf>>, acessado em 23 de outubro de 2018.

AUGUSTE COMTE desenvolveu a *Lei dos Três Estados*, na qual compreendia que a ciência e o espírito humano, em qualquer lugar, passaria por três estágios: o teológico, o metafísico e o positivo. No estado teológico – dividido em três períodos: fetichismo, politeísmo e monoteísmo – os fenômenos são explicados pela existência de deuses e seres sobrenaturais. O estado metafísico não teria fim diverso do estado teológico, ambos procurando soluções absolutas para os problemas humanos, porém, nesta etapa, o abstrato seria colocado no lugar do concreto e a argumentação no campo da imaginação. Por fim, o estado positivo, sem procurar explicação absoluta para as leis do universo, justificaria os fenômenos com o auxílio da razão e da observação empírica, ou seja, apropriando-se do método científico^{81 82}.

O antropólogo JAMES GEORGE FRAZER, assim como COMTE, também identificava três etapas do domínio da natureza pelos seres humanos: a magia, a religião e a ciência. A primeira forma de pensamento humano, ensinava FRAZER, é a magia, na qual o primitivo imagina controlar, por seus próprios meios, as forças da natureza. Quando percebe que não tem tais poderes sobrenaturais, a magia é abandonada, dando lugar à religião, etapa em que o ser humano passa a adorar divindades superiores, que respondem pela existência da natureza. A religião também teria limites e quando alcançados tais limites, o ser humano voltaria a procurar as causas para os eventos da natureza, mas não mais na magia, adotando, nesta fase final, a técnica experimental e científica⁸³.

⁸¹ Cf. COMTE, Auguste. *Curso de filosofia positivista: discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo*. tradução José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Nova Cultural, 1996, pp. 22 e 23.

⁸² AUGUSTE COMTE também criou a “religião da humanidade”, baseada na ciência e no positivismo em substituição ao sobrenatural.

⁸³ Nas palavras de JAMES GEORGE FRAZER:

“Se, portanto, considerarmos, de um lado, a semelhança essencial das principais necessidades do homem, em toda parte e em todas as épocas, e, de outro, as grandes diferenças entre os meios por ele usados para satisfazer a tais necessidades nas diferentes épocas, talvez sejamos levados a concluir que o movimento do pensamento superior, até o ponto em que podemos acompanhá-lo, processou-se, em geral, a partir da magia, passando pela religião e chegando à ciência. Na magia, o homem depende de sua própria força para enfrentar as dificuldades e os perigos que o cercam por todos os lados. Ele acredita numa certa ordem estabelecida da natureza com a qual pode contar seguramente e que pode manipular para seus próprios fins. Ao descobrir seu erro, ao reconhecer tristemente que tanto a ordem da natureza que havia suposto existir quanto o controle que acreditara exercer sobre ela eram puramente imaginários, ele deixa de confiar em sua própria inteligência e em seus esforços isolados para colocar-se humildemente à mercê de certos grandes seres invisíveis que existem por trás do véu da natureza e aos quais passa a atribuir os poderes de longo alcance que antes se arrogara. Assim, nos espíritos mais atilados a magia é gradualmente substituída pela religião, que explica ser a sucessão de fenômenos naturais regulada pela vontade, pela paixão ou pelo capricho de seres espirituais semelhantes, em gênero, ao homem, embora a ele muito superiores em poder.”

Influenciados pela contundente doutrina dos iluministas e daqueles que fundaram a sociologia e se aprofundaram no fenômeno religioso, tornou-se quase que consenso, até metade do século passado, que Deus e todas as religiões estavam com os dias contados no mundo moderno e secularizado.

Ocorre que, contrariando tais previsões, o fenômeno religioso permanece atual e poderoso. Ao invés do declínio da religião houve crescimento e se espera que a religião cresça ainda mais ⁸⁴.

A tese segundo a qual a secularização provocaria o declínio da religião e como último ato o seu desaparecimento, definitivamente não se comprovou. Entre os sociólogos da religião contemporâneos, PETER LUDWIG BERGER, que chegou a

Mas, com o passar do tempo, também essa explicação se mostra insatisfatória. Ela supõe que a sucessão dos acontecimentos naturais não é determinada por leis imutáveis, mas que é, até certo ponto, variável e irregular, e tal suposição não é confirmada pela observação mais detida. Pelo contrário, quanto mais examinamos aquela sucessão, mais somos surpreendidos pela uniformidade rígida, pela precisão pontual com a qual, sempre que podemos seguir, as operações da natureza são realizadas. Todo grande avanço do conhecimento ampliou a esfera de ordem e, correspondentemente, limitou a esfera de desordem aparente do mundo, até estarmos preparados para prever que, mesmo nas áreas onde o acaso e a confusão ainda parecem reinar, um conhecimento mais completo reduziria o caos aparente ao cosmos. Assim, os espíritos mais lúcidos, ainda empenhados em encontrar uma solução mais profunda para os mistérios do universo, passam a rejeitar a teoria religiosa da natureza como inadequada, e voltam, e certa maneira, ao velho ponto de vista da magia, postulando explicitamente aquilo que havia suposto apenas implicitamente, isto é, uma regularidade inflexível na ordem dos acontecimentos naturais que, se cuidadosamente observada, nos permite prever seu curso com segurança e agir de acordo com essa previsão. Em suma, a religião, considerada como uma explicação da natureza, é substituída pela ciência. Embora a ciência tenha com a magia o aspecto comum de se basearem ambas na fé em uma ordem como princípio subjacente de todas as coisas, os leitores não precisam ser lembrados de que a ordem pressuposta pela magia difere muito da que constitui a base da ciência. A diferença deriva naturalmente dos modos diversos pelos quais se chega a tais ordens. Enquanto a ordem da magia é apenas uma extensão, por uma falsa analogia, da ordem na qual as ideias se apresentam aos nossos espíritos, a ordem estabelecida pela ciência vem da observação paciente e precisa dos próprios fenômenos. A abundância, a solidez e o esplendor dos resultados já alcançados pela ciência podem inspirar-nos confiança na solidez de seu método. Finalmente, depois de tatear nas trevas por séculos incontáveis, o homem conseguiu uma chave para o labirinto, uma chave de ouro que abre muitas das portas do tesouro da natureza. Não será, provavelmente exagero dizer que a esperança de progresso – moral e intelectual, bem como material – no futuro está ligada ao destino da ciência, e que todo o obstáculo colocado no caminho da descoberta científica é um mal causado à humanidade”.

(FRAZER, James George. *O ramo de ouro*. Edição do Texto de Mary Douglas. Resumido e ilustrado por Sabine MacCormack. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982, pp. 248 e 249).

⁸⁴ Interessante notar e tal fato justifica a afirmação de que o mundo religioso está em pleno crescimento, que os lugares com mais alta taxa de crescimento populacional – África e Oriente Médio – são os principais pontos de obediência à religião no mundo. Enquanto que no Oriente Médio, a população e até mesmo os Estados encontram-se intimamente ligados à doutrina religiosa, a África combina o rápido crescimento das religiões tradicionais, principalmente cristianismo e islamismo, com elevada obediência aos dogmas e práticas da religião.

Por outro lado, nos países em que se nota o declínio da religião – Europa Ocidental e partes da Ásia, como o Japão – são países com baixíssima taxa de crescimento populacional e, por vezes, decréscimo.

identificar crises de plausibilidade e legitimação na religião ⁸⁵, percebendo o ressurgimento e o crescimento de diversos movimentos religiosos, reformulou seu pensamento sobre a teoria, reconhecendo papel de destaque do fenômeno religioso na modernidade ⁸⁶.

A nova tese de BERGER buscou explicar a origem do ressurgimento da religião a partir de duas premissas:

“Primeiro, a modernidade tende a solapar as certezas com as quais as pessoas conviveram ao longo da história. É uma situação desconfortável, intolerável para muitos, e os movimentos religiosos que prometem certezas são atraentes. Segundo, uma visão puramente secular da realidade encontra seu principal lugar social numa cultura de elite, a qual, previsivelmente influencia muitas pessoas que não são membros dessa elite (inquietantemente em especial quando seus filhos

⁸⁵ A mais conhecida obra de PETER LUDWIG BERGER sobre a teoria da secularização é o *Dossel Sagrado*, na qual o Autor, entendendo secularização como o “processo pelo qual setores da sociedade e da cultura são subtraídos à dominação das instituições e símbolos religiosos” (BERGER, Peter Ludwig. *O dossel sagrado: elementos para uma teoria sociológica da religião*. Organização: Luiz Roberto Benedetti. Tradução de José Carlos Barcellos. São Paulo: Paulus, 1985, p. 119), percebe diversas crises no fenômeno religioso.

Em *O Dossel Sagrado*, PETER BERGER afirma:

“A ‘crise de credibilidade’ na religião é uma das formas mais evidentes do efeito da secularização para o homem comum. Dito de outro modo, a secularização acarretou um amplo colapso da plausibilidade das definições religiosas tradicionais da realidade. Essa manifestação da secularização a nível de consciência (‘secularização subjetiva, se preferir’) tem seu correlato a nível socioestrutural (como ‘secularização objetiva’) (BERGER, Peter Ludwig. *O dossel sagrado: elementos para uma teoria sociológica da religião*. Op. Cit., p. 139).

Em outro trecho da mesma obra, ainda sobre os efeitos da secularização como fomento à crise do fenômeno religioso, afirmou o autor:

“A ‘crise da teologia’ na situação religiosa contemporânea baseia-se numa crise de plausibilidade que precede qualquer teoria. Isto é, plausibilidade das definições religiosas tradicionais da realidade é posta em questão por pessoas comuns sem nenhum conhecimento ou mesmo interesse por teologia”. (BERGER, Peter Ludwig. *O dossel sagrado: elementos para uma teoria sociológica da religião*. Op. Cit., p. 165).

⁸⁶ Nas palavras de PETER BERGER:

“Ainda que a expressão ‘teoria da secularização’ se refira a trabalhos dos anos 1950 e 60, a ideia central da teoria pode ser encontrada no Iluminismo. A ideia é simples: a modernização leva necessariamente a um declínio da religião, tanto na sociedade como na mentalidade das pessoas. E é justamente essa ideia central que se mostrou estar errada. Com certeza, a modernização teve alguns efeitos secularizantes, em alguns lugares mais do que em outros. Mas ela também provocou o surgimento de poderosos movimentos de contra-secularização. Além disso, a secularização a nível societal não está necessariamente vinculada à secularização a nível da consciência individual. Algumas instituições religiosas perderam poder e influência em muitas sociedades, mas crenças e práticas antigas ou novas permaneceram na vida das pessoas, às vezes assumindo novas formas institucionais e às vezes levando a grandes explosões de fervor religioso. Inversamente, instituições religiosamente identificadas podem desempenhar um papel social ou político mesmo quando muito poucas pessoas confessam ou praticam a religião que essas instituições representam. Para dizer o mínimo, a relação entre religião e modernidade é bastante complicada”.

(BERGER, Peter Ludwig. *A Dessecularização do mundo: uma visão global*. Tradução: Henry Decoster. Revisão e notas: Cecília Mariz e Emerson Giumbeli. *Religião e Sociedade*. Rio de Janeiro, 21(1), 2000, p. 10).

*são submetidos a uma educação que ignora ou mesmo atenta contra suas crenças e valores). Os movimentos religiosos com uma tendência fortemente anti-secular podem então atrair pessoas com ressentimentos originados às vezes em motivações claramente não-reigiosas.*⁸⁷

Além disso, o sociólogo da religião desanimou qualquer previsão de novo declínio da religião, definindo que o impulso religioso só seria suprimido na hipótese de mutação da espécie humana⁸⁸.

Nas palavras de BERGER:

*“O impulso religioso, a busca de um sentido que transcenda o espaço limitado da existência empírica neste mundo, tem sido uma característica perene da humanidade (isto é uma afirmação antropológica e não teológica – um filósofo agnóstico ou mesmo ateu pode muito bem concordar com ela). Seria necessário algo como uma mutação de espécie para suprimir para sempre esse impulso. Naturalmente, os pensadores mais radicais do Iluminismo e seus mais recentes descendentes intelectuais tinham a esperança de que algo assim ocorresse. Até agora não aconteceu, e como argumentei, é improvável que aconteça num futuro previsível. A crítica ao secularismo comum a todos os movimentos ressurgentes é que a existência humana despojada da transcendência é uma condição empobrecida e afinal insustentável”*⁸⁹.

O meio ambiente causado pela modernidade⁹⁰ não foi capaz de extrair do ser humano o gene religioso. Não houve mutação da espécie humana, que segue mantendo sua religiosidade.

⁸⁷ BERGER, Peter Ludwig. *A Dessecularização do mundo: uma visão global*. Op. Cit., p. 17.

⁸⁸ ÉMILE DURKHEIM já concebia o caráter eterno da religião na vida dos seres humanos. Afirmava o pai da sociologia: *“Há, portanto, na religião algo de eterno que está destinado a sobreviver a todos os símbolos particulares nos quais o pensamento religioso sucessivamente se envolveu. Não pode haver sociedade que não tenha a necessidade de manter e revigorar, a intervalos regulares, os sentimentos coletivos e as ideias coletivas que fazem sua unidade e personalidade. Ora, essa restauração moral só pode ser obtida por meio de reuniões, de assembleias, de congregações, em que os indivíduos, aproximando-se uns dos outros, reafirmam em comum seus sentimentos comuns; ou seja, cerimônias que, por seu objeto, pelos resultados que produzem, pelos procedimentos que nelas são empregados, não diferem em natureza das cerimônias propriamente religiosas”*. (DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália*. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1996, 4ª tiragem: 2009, pp. 472 e 473).

⁸⁹ BERGER, Peter Ludwig. *A Dessecularização do mundo: uma visão global*. Op. Cit., p. 19.

⁹⁰ Não faz parte do escopo deste trabalho diferenciar os períodos posteriores ao Iluminismo como modernidade ou pós modernidade. A palavra modernidade tem sido utilizada aqui para se referir a todo período posterior ao Iluminismo, bem como no seu sentido usual como antítese da antiguidade. Embora se reconheça que a influência do Iluminismo no pensamento e no modo de vida contemporâneo se alterou profundamente, não classificaremos os períodos, uma vez que a velocidade que os fatos acontecem em nosso tempo e a ausência de uniformidade em todos os cantos do mundo impossibilitam estabelecer com rigor marco temporal divisor do que seria modernidade e o que seria pós-modernidade.

Ainda que persistente no mundo moderno, é possível perceber que o fenômeno religioso se transformou, mudou de classe social, e surgiu como salvação para outros tipos de preocupações individuais ⁹¹.

Primeiramente, observa-se que as mais apaixonadas manifestações religiosas migraram do centro para as margens da sociedade universal.

Religião no mundo atual se tornou forma de inclusão dos marginalizados. Aqueles que não conseguem espaço no mundo capitalista e desigual ou se sentem excluídos do modelo ideal de ser humano imposto pelos meios de comunicação, tem espaço no mundo espiritual, onde todos são irmãos, nascem, vivem e morrem, na mesma sequência, sem distinção. O mais poderoso governante ou o mais abastado empresário tem o mesmo destino final do miserável que vive na rua ou aqueles cuja existência nem mesmo é notada pela sociedade. A posteridade é capaz de proporcionar a igualdade, que a sociedade viva não consegue e não pretende garantir.

Além disso, é produto da modernidade a autossuficiência do ser humano, ensinado a decidir e escolher os caminhos da própria vida. Ocorre que essa tarefa é bem mais arriscada do que simplesmente ser levado a decidir ou ter de seguir a decisão apresentada. Escolher implica na obrigação de abrir mão de uma das possibilidades, o que significa perder uma chance. Em um mundo de concorrência, em que vence aquele que aproveita a melhor oportunidade, perder uma pode resultar em causar a própria derrota e a responsabilidade pela escolha incorreta é pessoal e intransferível. Sem contar que, havendo mais de uma opção, o futuro nunca será certo, pois é provável que cada alternativa acarrete resultado diverso, o que gera insegurança. Culpa e incerteza são, sem dúvida, dois dos principais problemas interiores dos indivíduos. Ganha espaço, assim, discursos de obediência rígida a princípios religiosos, que salvam a pessoa das

⁹¹ Essa mudança dos rumos da religião, para GILLES KEPEL, tem como marco temporal o ano de 1975. Em interessante obra (*A revanche de Deus: cristãos, judeus e muçulmanos na reconquista do mundo*) sobre o renascimento do fenômeno religioso, com nova forma, muito menos voltada a se adequar aos valores da “modernidade”, derivados do Iluminismo, mas predisposta a reorganizar a sociedade desorganizada e problemática atual, o cientista político francês demonstra os avanços e a reconquista do cristianismo, judaísmo e islamismo, a partir da década de 70 do século passado.

consequências da escolha, mediante a busca de dogmas incontestáveis e divindades responsáveis. Esta é a raiz do fundamentalismo ⁹².

O fundamentalismo ⁹³ surge, assim, como fenômeno religioso capaz de solucionar as angústias individuais por meio de respostas absolutas. Tal fenômeno,

⁹² Esta é a percepção de ZYGMUNT BAUMAN sobre o fundamentalismo religiosos, *in verbis*:

“Os pobres de hoje são, antes e acima de tudo, ‘consumidores falhos’, incapazes de tirar vantagem dos tesouros tantalizantemente exibidos a seu alcance, frustrados antes do ato, inabilitados mesmo antes de experimentar; enquanto eles são irrealizados produtores, ou pessoas fraudadas na divisão da mais-valia, mas a um segundo de distância. É essa característica que os torna, potencialmente, uma clientela de que os movimentos fundamentalistas – detonados e mantidos em marcha, acima de tudo, pelas agonias dos jogadores autônomos pós-modernos, autoconfiantes por nomeação – podem tirar suas reservas. Uma mensagem de insuficiência humana, ou de despeito da autossuficiência, que se incubou na amarga experiência dos consumidores pós-modernos amadurecidos, também pode estar fazendo-se sentir em seus ouvidos de afinação diferenciada.

A amarga experiência em questão é a experiência da liberdade: da miséria da vida composta de escolhas arriscadas, que sempre significa aproveitar algumas oportunidades e perder outras, ou da incurável incerteza criada em toda escolha, da insuportável, porque não-partilhada, responsabilidade pelas desconhecidas consequências de toda escolha, do constante medo de impedir as futuras e, no entanto, imprevistas possibilidades, do pavor da inadequação pessoal, de experimentar menos e não tão intensamente como os outros talvez o consigam, do pesadelo de não estar à altura das novas e aperfeiçoadas fórmulas da vida que o futuro notoriamente caprichoso pode trazer. E a mensagem que surge dessa experiência é: não, o indivíduo humano não é autossuficiente e não pode ser autoconfiante. Não se pode condenar a si mesmo: é preciso ser guiado, e dirigido, e informado do que fazer. Esta é uma mensagem de insuficiência, mas, ao contrário da mensagem contida pela revolução pré-moderna, não é a mensagem da fraqueza da ‘species’ humana – mas da irreparável fraqueza do indivíduo humano, comparada com a onipotência da espécie.

A esse respeito, o fundamentalismo traz a público a subterrânea ansiedade e premonição normais e quase universais sob a condição pós-moderna. Ele dá expressão pública ao que muitas pessoas pressentem o tempo todo, embora lhes seja peremptoriamente dito para não acreditarem nisso ou sejam levadas a não pensar no assunto. Por outro lado, a estrutura da vida que o fundamentalismo oferece leva meramente a sua conclusão radical o culto do aconselhamento e orientação profissional, bem como à preocupação com a autodisciplina assistida por especialista, duas coisas diariamente promovidas pela cultura do consumidor pós-moderno. Quanto a isso, o fundamentalismo é a suprema encarnação (embora radicalmente simplificada) de uma tendência de que é cúmplice toda a arremetida da cultura pós-moderna. Pode-se concluir que o fundamentalismo religioso é um filho legítimo da pós-modernidade, nascido de suas alegrias e tormentos, e herdeiro, do mesmo modo, de seus empreendimentos e inquietações.

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

(BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução: Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rev. téc. Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, pp. 227 e 228)

⁹³ O termo fundamentalismo nasce correlacionado ao protestantismo nos Estados Unidos da América no início do século XX. A origem seria uma série de artigos teológicos publicados entre 1910 e 1915 pelo Instituto Bíblico de Los Angeles denominados *The Fundamentals: A Testimony To The Truth*. Tais artigos que pregam o seguimento de grandes fundamentos bíblicos foram distribuídos com o fim de

defender a crença cristã da Igreja Protestante, alegadamente atacada pela Alta Crítica, pelo liberalismo teológico, pelo romanismo (crítica protestante da doutrina da Igreja Católica Romana), pelo socialismo, pela filosofia moderna, pelo ateísmo, pela Ciência Cristã, pelo movimento Mórmon, pelo *Millennial Dawn* (Aurora do Milênio ou Estudo das Escrituras), pelo espiritualismo e pela teoria do evolucionismo de Charles Drarwin.

Embora nascido em berço protestante e nos Estados Unidos da América, o termo fundamentalismo vem, frequentemente, sendo utilizado para representar movimentos do mesmo modo fieis à dogmas religiosos, porém de outros credos. Atualmente, as principais crenças ocidentais, entre elas o islamismo, o judaísmo e o cristianismo (inclusive o Católico), têm suas vertentes mais agudas denominadas fundamentalistas. Deste modo, apesar impróprio e até pejorativo, principalmente para aqueles que não são protestantes norte-americanos e seguem outros dogmas, o termo é instigante para explicar o fenômeno em questão (Cf. BERGER, Peter Ludwig. *A Dessecularização do mundo: uma visão global*. Op. Cit., p. 13).

Registra-se, aqui, em sentido contrário a posição de GILLES KEPEL, que considera a generalização do fundamentalismo para outros fenômenos religiosos, como por exemplo o islamismo, simplificada e oblíqua, atrapalhando o conhecimento sobre tais fenômenos (Cf. KEPEL, Gilles. *A revanche de Deus: cristãos, judeus e muçulmanos na reconquista do mundo*. Tradução: J. E. Smith Caldas. São Paulo: Siciliano, 1991, pp. 13 e 14)

Assim, aplicando o termo fundamentalismo apenas ao contexto em que surgiu – no seio do protestantismo norte-americano –, como é mais próprio, GILLES KEPEL define o fundamentalismo da seguinte forma:

“Do modo como se manifestou então, em oposição ao ‘modernismo’ ou ao ‘liberalismo’ professados pela Igreja protestante, o fundamentalismo definiu-se em primeiro lugar pela crença na inerrância absoluta da Bíblia. O texto sagrado do Antigo e do Novo Testamento é tido como a expressão literal da verdade divina – especialmente em tudo que comporta como imperativos morais ou éticos e injunções político-sociais. Em segundo lugar, os fundamentalistas acreditam na divindade de Cristo e na salvação da alma pela ação efetiva da vida, morte e ressurreição física de Cristo. A isso se acrescenta um proselitismo vigoroso junto às pessoas que ainda não aderiram a esse credo”.

(KEPEL, Gilles. *A revanche de Deus: cristãos, judeus e muçulmanos na reconquista do mundo*. Op. Cit., p. 132).

Seguindo, ainda, o entendimento de KEPEL, após a segunda guerra mundial, o termo fundamentalismo, sempre no contexto do protestantismo norte-americano, como afirmamos acima, sofre rejeição de boa parte de seus adeptos, que reativam a palavra evangélicos, *in verbis*:

“Logo depois da segunda guerra mundial, o fundamentalismo é associado às correntes mais ‘reacionárias’ do cenário político, aos anticomunistas virulentos da guerra fria, aos caçadores de bruxas. É nesse contexto que alguns teólogos, que partilham a crença na inerrância da Bíblia mas ficam constrangidos pelas relações entre fundamentalismo e a extrema direita, reativam a palavra ‘evangélicos’ (evangelicals). No começo, a mensagem evangélica se quer religiosa e social e só posteriormente incorpora a finalidade política, com o grande movimento de meados da década de 70. No universo do protestantismo norte-americano, os evangélicos se opõem então em primeiro lugar às denominações chamadas ‘liberais’ intensificando a piedade pessoal e os temas éticos ou morais extraídos literalmente das Escrituras, ao passo que o desejo de presença no mundo é mais explícito no meio dos seus adversários”. (KEPEL, Gilles. *A revanche de Deus: cristãos, judeus e muçulmanos na reconquista do mundo*. Op. Cit., p. 134).

Por outro lado, JAYME WEINGARTNER NETO, considerando o fundamentalismo sem vincular a sua raiz histórica – que restringiria o movimento aos responsáveis pelo seu nome –, relaciona suas principais características, *in verbis*:

“Seja como for, abrindo mão de uma exploração historiográfica do tema, importa reter algumas características ancilares do fundamentalismo religioso:

(i) A recusa à mediação hermenêutica na leitura dos textos fundantes (daí o resvalo, não infrequente, das grandes religiões do livro, nas revelações monoteístas do judaísmo, do cristianismo e do Islã), que são tratados, em maior ou menor grau, com boa dose de literalismo;

(ii) Sua natureza reativa à modernidade (aspecto regressivo), sem descurar que, num certo sentido, os movimentos fundamentalistas miram questões centrais da sociedade atual (dão nome à crise da modernidade).

(iii) O caráter identitário e, nalguns casos, a tendência totalizante dos movimentos concretos, a abarcar toda a vida social;

(iv) O cariz monista de um discurso salvífico com pretensão monopolista de verdade, no mais das vezes acompanhado de um componente fanático perceptível em traços psicológicos.

Estabelecido o gênero fundamentalismo religioso, propõe-se distingui-lo em duas espécies, com efeitos jurídicos diversos:

como se pode notar, nada tem de antigo ou desatualizado como massivamente é qualificado, mas ascende no mais recente estágio da modernidade, como forma de combate aos vícios da sociedade atual. Em contrapartida, ao impor obediência a mandamentos incontestáveis e leituras sem mediação hermenêutica de textos religiosos impositivos, os grupos fundamentalistas resistem - veementemente - a qualquer espécie de reconciliação com a sociedade secularizada, dificultando a inserção de novos valores e direitos reconhecidos, a não ser que estes sejam compatíveis com suas crenças e dogmas, impedindo o pleno avanço da liberdade.

Paralelamente, outros vetores da modernidade acabaram por permitir o surgimento de novos movimentos religiosos, conhecidos pela doutrina especializada como NMR⁹⁴. Muitas das angústias atuais e anseios religiosos não se resolvem com as

(a) o fundamentalismo-crença, de estilo hermenêutico e tolerável (até as raias do proselitismo);
 (b) o fundamentalismo-militante, que afronta valores estruturantes do Estado democrático de direito e, como tal é constitucionalmente bloqueável”.

(WEINGARTNER NETO, Jayme. Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, pp. 52 e 53).

⁹⁴ Não é fácil definir o que significam novos movimentos religiosos, pois o conceito acaba por abarcar movimentos muito distintos entre si. Além disso, o fenômeno é relativamente novo e persiste muita divergência doutrinária sobre o que é e o que não é novo, bem como o que é e o que não é religioso.

No entanto, como ensina SILAS GUERRIERO, é consenso que a definição de tais movimentos vem do que se entendia como seita ou culto, apesar do termo NMR ser bem menos pejorativo e permitir a inclusão de fenômenos religiosos que não necessariamente se rompem de uma determinada religião.

A estrita correlação entre os novos movimentos religiosos com a definição de seita e culto é explicada por SILAS GUERRIERO com as seguintes palavras:

“O conceito de novos movimentos religiosos está diretamente relacionado ao de seita ou culto. Para alguns estudiosos, esses dois termos são utilizados indistintamente e definem um agrupamento religioso diferente daqueles tradicionais, geralmente nascidos a partir de um protesto contra uma ordem estabelecida. Os termos ‘seita’ e ‘culto’ representam uma ruptura, uma separação diante das crenças, práticas e instituições religiosas. Em geral rechaçam a autoridade dos líderes ortodoxos, colocando sob suspeita a representatividade destes diante dos serviços religiosos, bem como a da própria instituição. Em geral, toda religião, em seu início, foi uma seita. Assim, o próprio cristianismo foi uma seita judaica. A seita ou culto é um grupo religioso pouco estruturado agrupado em torno de um líder carismático que traz, em geral uma mensagem de inovação. O compromisso do fiel para com a seita é voluntário, pois se trata de uma adesão que este faz rompendo com seu passado religioso. Muitas vezes essa ruptura é radical, implicando um isolamento e crítica ao mundo exterior e às outras práticas religiosas, O comportamento sectário é rígido na disciplina e por vezes obriga o convertido a assumir uma nova identidade, divergindo das demais pessoas pelo uso de vestimentas próprias, novo corte de cabelo e, inclusive, um novo nome. Apesar a adesão ser voluntária, seu ingresso no novo grupo passa por uma seleção por parte dos integrantes da seita. Só são admitidos aqueles voluntários que demonstram comprometimento e convicção. O grupo também conta com certos procedimentos que garantem a possibilidade de expulsar os membros que não se comportarem de acordo com as normas, cujo compromisso esteja à altura das exigências da seita. Os fiéis que pertencem a uma seita põem sua fé acima de tudo e acabam ordenando suas vidas de acordo com os princípios estabelecidos pelo grupo religioso. Nesse sentido, afastam-se dos fiéis de uma religião tradicional, que procuram fazer com que sua fé combine com outros elementos e interesses, acomodando a religião às exigências da sociedade secular.

Os escritores de língua inglesa utilizam mais o termo culto do que seita, mas o sentido permanece inalterado. Por outro lado, há estudiosos que fazem uma separação entre seita e culto. Enquanto este último é todo agrupamento religioso, ainda pouco estruturado, a seita é uma cisão de uma grande

práticas institucionalizadas, forçando o surgimento de novas religiões, por vezes derivadas daquelas que são tradicionais ou que fogem completamente do modelo habitual.

O antropólogo SILAS GUERREIRO, autor de obra sobre os Novos Movimentos Religiosos no quadro brasileiro, identificou três elementos que justificam o nascimento de novas religiões, principalmente a partir da década de 60 do século passado, *in verbis*:

*“Primeiramente, podemos pensar na perda da capacidade das instituições na definição de nossa noção de verdade. Não se segue mais, cegamente, aquilo que elas pregam. Suas doutrinas não convencem nem ao menos a totalidade dos membros que se dizem seguidores dessas religiões. Suspeita-se sempre das instituições, principalmente se estas forem vistas como ligadas ao poder. Em segundo lugar, há a ideia relativizadora da verdade. O indivíduo pode buscar outros conhecimentos em outros lugares e tradições, pois nada afirma que aquela verdade até então seguida seja a única possível. Assim, uma verdade, por mais exótica que pareça, tem um grande atrativo. Por fim, há a condição de autonomia do sujeito, que pode muito bem fazer uma peregrinação pelos espaços do saber, sem risco de ser incomodado por ninguém. Essa pessoa é livre e não será, por isso, tratada como perigosa e nem precisará esconder aquilo que faz”*⁹⁵

A perda da capacidade das instituições na definição da noção de verdade, a subjetivação da crença e a autonomia do sujeito, fenômenos cada vez mais comuns nos lugares mais secularizados do mundo, têm contribuído para o surgimento de nova forma de transmissão da religiosidade.

religião. Esse uso do termo é mais adequado ao seu significado original. *Seita* vem do latim ‘sectare’, que significa ‘cortar’. Porém, independente dessa distinção, a maioria dos estudiosos utiliza os termos como sinônimos.

O termo *seita* foi muito utilizado pela Igreja Católica quando se referia à proliferação de grupos religiosos que se separaram do protestantismo entre o final do século XVIII e a metade do século XIX. Havia o intuito de mostrar uma diferença com relação às Igrejas, fosse católica, ortodoxa ou protestante. Lembramos que o sentido original do termo ‘Igreja’ vem de ‘ekklesia’, ou seja, assembleia daqueles que pertencem ao Senhor. Essa divisão, que de alguma maneira acabou influenciando os estudiosos, é carregada de conotação pejorativa, pois parte do pressuposto de que Igreja é uma agremiação correta, enquanto *seita* é menos verdadeira ou, no mínimo, algo menor. Apesar de sociologicamente correto, o termo ‘*seita*’ tem sido menos utilizado na literatura especializada nos estudos das novas religiões justamente por essa conotação negativa”.

(GUERRIERO, Silas. *Novos movimentos religiosos: o quadro brasileiro*. São Paulo: Paulinas, 2006, pp. 28 a 30)

⁹⁵ GUERRIERO, Silas. *Novos movimentos religiosos: o quadro brasileiro*. Op. Cit. p. 67.

Se antes a identidade religiosa era assumida por força hereditária, o que se observa hoje, especialmente no mundo mais secularizado, é que a religião adotada pelos pais nem sempre corresponde à dos filhos e, quando corresponde, a manifestação de religiosidade é totalmente diversa. Isto porque o espaço entre as gerações parece cada vez maior ⁹⁶, isto é, são os filhos cada vez mais distintos de seus pais. O processo de urbanização e, depois, de globalização, retirou da família a exclusividade na formação cultural de seus membros mais jovens. Os ancestrais dividem – quando não perderam – o papel de modelos/referências com diversos outros personagens da vida social atual, como as celebridades nacionais e estrangeiras, que com o avanço das mídias sociais dialogam e são seguidos muito mais por aqueles que os acompanham. E as novas referências possuem origens e experiências de vida, por vezes, totalmente diversas daquelas de seus seguidores.

Além disso, fato comum no mundo ocidental é a existência dos chamados não praticantes, muitos católicos, protestantes, judeus, ente outros representantes de grandes instituições religiosas, declaram pertencer a determinada religião, mas sem participar ou praticar ⁹⁷. Tal fato comprova a crise das instituições religiosas tradicionais, que cada vez mais se distanciam de seus adeptos.

Graças ao distanciamento das religiões tradicionais e sem que haja qualquer controle delas sobre a vida da maioria de seus membros, aliada a perda de influência da família na vida de muitas pessoas, a mudança de religião não é mais tão conflituosa, abrindo espaço para o crescimento dos novos movimentos religiosos.

⁹⁶ Neste sentido, DANIÈLE HERVIEU-LÉGER ensina: “*As lacunas que se observam entre o universo cultural das diferentes gerações não correspondem mais apenas aos ajustamentos que a inovação e a adaptação aos novos dados da vida social tornam necessários. Elas representam verdadeiras rupturas culturais que atingem profundamente a identidade social, a relação com o mundo e as capacidades de comunicação dos indivíduos. Elas correspondem a um remanejamento global das referências coletivas, a rupturas da memória, a uma reorganização dos valores que questionam os próprios fundamentos dos laços sociais. Não é útil insistir no fato de que todas as instituições nas quais se dava a continuidade das gerações perdem hoje sua importância em benefício de uma sociabilidade da experiência partilhada, da comunicação direta, do engajamento pontual. A escola, a universidade, os partidos políticos, os sindicatos, as igrejas, todos também são atingidos. Mas, evidentemente, é a mutação da família, instituição de socialização por excelência, que revela mais diretamente a extensão das implicações sociais como também psicológicas*”. (HERVIEU-LÉGER, Danièle. *O peregrino e o convertido: a religião em movimento*. Tradução: João Batista Kreuch. 2ª. Ed. Petrópolis: Vozes, 2015, p. 58).

⁹⁷ No Brasil, o número de católicos não praticantes supera a quantidade dos católicos praticantes.

Da mesma forma como se desenvolvem os novos movimentos religiosos, resultado da insuficiência das religiões tradicionais, muitas pessoas ao invés de aderirem a grupos constituídos e a doutrinas apresentadas, preferem justificar suas crenças com seus próprios fundamentos e experiências individuais, mantendo religiosidade individual não vinculada a qualquer instituição, ou como conclui DANIÈLE HERVIEU-LÉGER, “*não se trata de descobrir e aderir a uma verdade existente fora de si, mas de experimentar – cada um por si – sua própria verdade*”⁹⁸.

Assim, não havendo religião oficial e diante da diversidade de opções religiosas possivelmente conciliatórias, a autonomia individual é capaz de montar seu próprio sistema privado de religiosidade, retirando, daqui e dali, valores apregoados por múltiplas igrejas^{99 100}.

A religiosidade individual, no entanto, não escapa da socialização, que marca o fenômeno religioso. O religioso individual precisa trocar experiências para aprimorar

⁹⁸ HERVIEU-LÉGER, Danièle. *O peregrino e o convertido: a religião em movimento*. Op. cit, p. 143.

⁹⁹ É o que DANIÈLE HERVIEU-LÉGER chama de “bricolagem religiosa”, um sistema de elementos religiosos retirados de diversos credos a partir das experiências e expectativas pessoais vivenciadas pelo próprio indivíduo e para si, com o fim de dar um sentido à sua existência (Cf. HERVIEU-LÉGER, Danièle. *O peregrino e o convertido: a religião em movimento*. Op. cit, p. 63).

Tal montagem individual da própria crença a partir de elementos vividos também foi estudada por THOMAS LUCKMANN. O professor alemão ensina: “*Na ausência de um modelo ‘oficial’, o indivíduo pode selecionar entre uma grande variedade de temas de significado ‘supremo’. A seleção se baseia nas preferências do consumidor que, por sua vez, estão determinadas pela biografia social do indivíduo (biografias sociais semelhantes resultam em escolhas semelhantes). Considerando-se o sortimento de representações religiosas à disposição de consumidores potenciais e a ausência de um modelo ‘oficial’, em princípio é possível que o indivíduo ‘autônomo’ não apenas selecione certos temas, mas construa com eles um bem articulado sistema privado de significado ‘supremo’. Na medida em que alguns temas do sortimento de significados ‘supremos’ se amalgamam em algo parecido com um modelo coerente (por exemplo, do ‘cristianismo positivo’ ou da psicanálise), alguns indivíduos podem internalizar esses modelos ‘em bloc’*” (LUCKMANN, Thomas. *A religião invisível*. Tradução: Claudia Dornbusch. São Paulo: Olho d’Água: Loyola, 2014, p. 124).

¹⁰⁰ Esta forma de religiosidade construída individualmente a partir de múltiplas doutrinas tidas como conflitantes é muito comum no Brasil. GUIMARÃES ROSA, em “*Grande sertão: veredas*”, explora tal forma de religiosidade:

“*Hem? Hem? O que mais penso, testo e explico: todo-omundo é louco. O senhor, eu, nós, as pessoas todas. Por isso é que se carece principalmente de religião: para se desendoidecer, desdoidar. Reza é que sara da loucura. No geral. Isso é que é a salvação-da-alma... Muita religião, seu moço! Eu cá, não perco ocasião de religião. Aproveito de todas. Bebo água de todo rio... Uma só, para mim é pouca, talvez não me chegue. Rezo cristão, católico, embrenho a certo; e aceito as preces de compadre meu Quelemém, doutrina dele, de Cardéque. Mas, quando posso, vou no Mindubim, onde um Matias é crente, metodista: a gente se acusa de pecador, lê alto a Bíblia, e ora, cantando hinos belos deles. Tudo me quieta, me suspende. Qualquer sombrinha me refresca. Mas é só muito provisório. Eu queria rezar – o tempo todo. Muita gente não me aprova, acham que lei de Deus é privilégios, invariável. E eu! Bofe! Detesto! O que sou? – o que faço, que quero, muito curial. E em cara de todos faço, executado. Eu não tresmalho!*”

(ROSA, João Guimarães. *Grande sertão: veredas*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015, p. 25 e 26)

seu sistema pessoal de verdades, bem como convalidar suas crenças com o seu testemunho ao próximo e o do outro para si ¹⁰¹. Assim, por mais contraditório que possa parecer, a religiosidade individual também faz parte da vida social e comunitária, com o compartilhamento de vivências religiosas pessoais em testemunhos, livros, filmes, imagens, etc. Nota-se que o gênero esotérico da literatura e do cinema está em franco desenvolvimento, ganhando cada vez mais leitores e cinéfilos ou escritores e produtores, sem vinculação a qualquer instituição religiosa ¹⁰².

Assim, embora o fenômeno religioso tenha estado presente em toda a história da humanidade, o mundo atual assiste ao surgimento de modos inovadores de religiosidade, de que são exemplos os NMR e os fundamentalismos.

Por outro lado, não só o fundamentalismo, novos movimentos religiosos (NMR) e formas de espiritualidade difusas expressam a religião contemporânea. Também os credos institucionalizados e conciliadores com o progresso da humanidade são significativos. O Concílio Vaticano II, ainda que com validade eclesiástica apenas para a Igreja Católica Romana, teve como objetivo atualizar a Igreja aos valores modernos para que a fé se mantenha viva no mundo contemporâneo ¹⁰³. É o que ficou conhecido como *Aggiornamento*.

Conciliar os ensinamentos da igreja com os valores cultivados pelo Mundo Contemporâneo também responde aos interesses da humanidade. Sem se prender à literalidade dos textos religiosos e recebendo com bons olhos as transformações sociais,

¹⁰¹ Esta é a lição de DANIÈLE HERVIEU-LÉGER: “Quanto mais os indivíduos ‘bricolam’ o sistema de crenças correspondente a suas próprias necessidades, tanto mais eles aspiram a intercambiar essa experiência com outros indivíduos que partilham o mesmo tipo de aspirações espirituais. Essa contradição aparente corresponde, de fato, aos limites intrínsecos da autovalidação do crer. Para estabilizar as significações que produzem a fim de dar um sentido a sua experiência cotidiana, os indivíduos raramente podem se contentar com sua própria convicção. Eles têm necessidade de encontrar no exterior a garantia de que suas crenças são pertinentes. Durante séculos, esta confirmação lhes fora fornecida por códigos globais do sentido (sistemas religiosos ou filosóficos, ideologias políticas, etc.), garantidos pelas instituições e seu clero. Esses dispositivos da validação institucional funcionam hoje de maneira caótica. Portanto, é antes de tudo na troca mútua que os indivíduos podem esperar encontrar os meios de consolidar o universo pessoal de sentido dos quais se servem. Na ausência de tal apoio, é muito provável que as significações individualmente produzidas, supondo-se ademais que elas cheguem a constituir-se como tais, não façam, sentido por muito tempo. (HERVIEU-LÉGER, Danièle. *O peregrino e o convertido: a religião em movimento*. Op. cit, p. 158).

¹⁰² É símbolo do movimento a Nova Era

¹⁰³ Vide a Constituição Pastoral *Gaudium et Spes*, sobre a Igreja no mundo de hoje: Concílio Vaticano II: Mensagens, Discursos e Documentos. Tradução: Francisco Catão. São Paulo: Paulinas, 1998.

o ser humano pode assumir a religiosidade. A fé e determinados princípios religiosos contribuem para o caminhar progressivo da humanidade na conquista de direitos.

Neste sentido, o Papa Francisco, na Carta encíclica *Lumen Fidei*, publicada no primeiro ano de seu pontificado (2013), e com grande parte do trabalho assumidamente feito por seu antecessor, Bento XVI, descreveu o caminho da fé e da crença no mundo atual. Transcrevemos aqui a introdução da referida encíclica para demonstrar a visão da Igreja Católica sobre a permanência da fé cristã mesmo após o Iluminismo e a autonomia da razão:

“1. A luz da fé é a expressão com que a tradição da Igreja designou o grande dom trazido por Jesus. Eis como Ele Se nos apresenta, no Evangelho de João: « Eu vim ao mundo como luz, para que todo o que crê em Mim não fique nas trevas » (Jo 12, 46). E São Paulo exprime-se nestes termos: « Porque o Deus que disse: "das trevas brilhe a luz", foi quem brilhou nos nossos corações » (2 Cor 4, 6). No mundo pagão, com fome de luz, tinha-se desenvolvido o culto do deus Sol, Sol invictus, invocado na sua aurora. Embora o sol renascesse cada dia, facilmente se percebia que era incapaz de irradiar a sua luz sobre toda a existência do homem. De facto, o sol não ilumina toda a realidade, sendo os seus raios incapazes de chegar até às sombras da morte, onde a vista humana se fecha para a sua luz. Aliás « nunca se viu ninguém — afirma o mártir São Justino — pronto a morrer pela sua fé no sol ».[1] Conscientes do amplo horizonte que a fé lhes abria, os cristãos chamaram a Cristo o verdadeiro Sol, « cujos raios dão a vida ».[2] A Marta, em lágrimas pela morte do irmão Lázaro, Jesus diz-lhe: « Eu não te disse que, se acreditares, verás a glória de Deus? » (Jo 11, 40). Quem acredita, vê; vê com uma luz que ilumina todo o percurso da estrada, porque nos vem de Cristo ressuscitado, estrela da manhã que não tem ocaso.

Uma luz ilusória?

2. E contudo podemos ouvir a objecção que se levanta de muitos dos nossos contemporâneos, quando se lhes fala desta luz da fé. Nos tempos modernos, pensou-se que tal luz poderia ter sido suficiente para as sociedades antigas, mas não servia para os novos tempos, para o homem tornado adulto, orgulhoso da sua razão, desejoso de explorar de forma nova o futuro. Nesta perspectiva, a fé aparecia como uma luz ilusória, que impedia o homem de cultivar a ousadia do saber. O jovem Nietzsche convidava a irmã Elisabeth a arriscar, percorrendo vias novas (...), na incerteza de proceder de forma autónoma ». E acrescentava: « Neste ponto, separam-se os caminhos da humanidade: se queres alcançar a paz da alma e a felicidade, contenta-te com a fé; mas, se queres ser uma discípula da verdade, então investiga ». [3] O crer opor-se-ia ao indagar. Partindo daqui, Nietzsche desenvolverá a sua crítica ao cristianismo por ter diminuído o alcance da existência humana, espoliando a vida de novidade e aventura. Neste caso, a fé seria uma espécie de ilusão de luz, que impede o nosso caminho de homens livres rumo ao amanhã.

3. *Por este caminho, a fé acabou por ser associada com a escuridão. E, a fim de conviver com a luz da razão, pensou-se na possibilidade de a conservar, de lhe encontrar um espaço: o espaço para a fé abria-se onde a razão não podia iluminar, onde o homem já não podia ter certezas. Deste modo, a fé foi entendida como um salto no vazio, que fazemos por falta de luz e impelidos por um sentimento cego, ou como uma luz subjectiva, talvez capaz de aquecer o coração e consolar pessoalmente, mas impossível de ser proposta aos outros como luz objectiva e comum para iluminar o caminho. Entretanto, pouco a pouco, foi-se vendo que a luz da razão autónoma não consegue iluminar suficientemente o futuro; este, no fim de contas, permanece na sua obscuridade e deixa o homem no temor do desconhecido. E, assim, o homem renunciou à busca de uma luz grande, de uma verdade grande, para se contentar com pequenas luzes que iluminam por breves instantes, mas são incapazes de desvendar a estrada. Quando falta a luz, tudo se torna confuso: é impossível distinguir o bem do mal, diferenciar a estrada que conduz à meta daquela que nos faz girar repetidamente em círculo, sem direcção.*

Uma luz a redescobrir

4. *Por isso, urge recuperar o carácter de luz que é próprio da fé, pois, quando a sua chama se apaga, todas as outras luzes acabam também por perder o seu vigor. De facto, a luz da fé possui um carácter singular, sendo capaz de iluminar toda a existência do homem. Ora, para que uma luz seja tão poderosa, não pode dimanar de nós mesmos; tem de vir de uma fonte mais originária, deve porvir em última análise de Deus. A fé nasce no encontro com o Deus vivo, que nos chama e revela o seu amor: um amor que nos precede e sobre o qual podemos apoiar-nos para construir solidamente a vida. Transformados por este amor, recebemos olhos novos e experimentamos que há nele uma grande promessa de plenitude e se nos abre a visão do futuro. A fé, que recebemos de Deus como dom sobrenatural, aparece-nos como luz para a estrada orientando os nossos passos no tempo. Por um lado, provém do passado: é a luz duma memória basilar — a da vida de Jesus —, onde o seu amor se manifestou plenamente fiável, capaz de vencer a morte. Mas, por outro lado e ao mesmo tempo, dado que Cristo ressuscitou e nos atrai de além da morte, a fé é luz que vem do futuro, que descerra diante de nós horizontes grandes e nos leva a ultrapassar o nosso « eu » isolado abrindo-o à amplitude da comunhão. Deste modo, compreendemos que a fé não mora na escuridão, mas é uma luz para as nossas trevas. Dante, na Divina Comédia, depois de ter confessado diante de São Pedro a sua fé, descreve-a como uma « centelha / que se expande depois em viva chama / e, como estrela no céu, em mim cintila ». [4] É precisamente desta luz da fé que quero falar, desejando que cresça a fim de iluminar o presente até se tornar estrela que mostra os horizontes do nosso caminho, num tempo em que o homem vive particularmente carecido de luz.*

5. *Antes da sua paixão, o Senhor assegurava a Pedro: « Eu roguei por ti, para que a tua fé não desfaleça » (Lc 22, 32). Depois pediu-lhe para « confirmar os irmãos » na mesma fé. Consciente da tarefa confiada ao Sucessor de Pedro, Bento XVI quis proclamar este Ano da Fé, um tempo de graça que nos tem ajudado a sentir a grande alegria de crer, a reavivar a percepção da amplitude de horizontes que a fé descerra, para a confessar na sua unidade e integridade, fiéis à memória do Senhor, sustentados pela sua presença e pela acção do*

Espírito Santo. A convicção duma fé que faz grande e plena a vida, centrada em Cristo e na força da sua graça, animava a missão dos primeiros cristãos. Nas Actas dos Mártires, lemos este diálogo entre o prefeito romano Rústico e o cristão Hierax: « Onde estão os teus pais? » — perguntava o juiz ao mártir; este respondeu: « O nosso verdadeiro pai é Cristo, e nossa mãe a fé n'Ele ».[5] Para aqueles cristãos, a fé, enquanto encontro com o Deus vivo que Se manifestou em Cristo, era uma « mãe », porque os fazia vir à luz, gerava neles a vida divina, uma nova experiência, uma visão luminosa da existência, pela qual estavam prontos a dar testemunho público até ao fim.

6. O Ano da Fé teve início no cinquentenário da abertura do Concílio Vaticano II. Esta coincidência permite-nos ver que o mesmo foi um Concílio sobre a fé, [6] por nos ter convidado a repor, no centro da nossa vida eclesial e pessoal, o primado de Deus em Cristo. Na verdade, a Igreja nunca dá por descontada a fé, pois sabe que este dom de Deus deve ser nutrido e revigorado sem cessar para continuar a orientar o caminho dela. O Concílio Vaticano II fez brilhar a fé no âmbito da experiência humana, percorrendo assim os caminhos do homem contemporâneo. Desta forma, se viu como a fé enriquece a existência humana em todas as suas dimensões.

7. Estas considerações sobre a fé — em continuidade com tudo o que o magistério da Igreja pronunciou acerca desta virtude teológica [7] — pretendem juntar-se a tudo aquilo que Bento XVI escreveu nas cartas encíclicas sobre a caridade e a esperança. Ele já tinha quase concluído um primeiro esboço desta carta encíclica sobre a fé. Estou-lhe profundamente agradecido e, na fraternidade de Cristo, assumo o seu precioso trabalho, limitando-me a acrescentar ao texto qualquer nova contribuição. De facto, o Sucessor de Pedro, ontem, hoje e amanhã, sempre está chamado a « confirmar os irmãos » no tesouro incomensurável da fé que Deus dá a cada homem como luz para o seu caminho.

Na fé, dom de Deus e virtude sobrenatural por Ele infundida, reconhecemos que um grande Amor nos foi oferecido, que uma Palavra estupenda nos foi dirigida: acolhendo esta Palavra que é Jesus Cristo — Palavra encarnada —, o Espírito Santo transforma-nos, ilumina o caminho do futuro e faz crescer em nós as asas da esperança para o percorrermos com alegria. Fé, esperança e caridade constituem, numa interligação admirável, o dinamismo da vida cristã rumo à plena comunhão com Deus. Mas, como é este caminho que a fé desvenda diante de nós? Donde provém a sua luz, tão poderosa que permite iluminar o caminho duma vida bem sucedida e fecunda, cheia de fruto?»¹⁰⁴

Cumpra registrar aqui que o modo religioso conciliador com as reformas sociais e a conquista de direitos (*Aggiornamento*¹⁰⁵) não é exclusividade da Igreja Católica,

¹⁰⁴ PAPA FRANCISCO. *Carta encíclica Lumen Fidei*. Publicada em Roma no dia 29 de junho de 2013. Disponível em <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20130629_enciclica-lumen-fidei.html>. acesso em 23 de outubro de 2018.

¹⁰⁵ Do mesmo modo impróprio que retiramos o conceito de fundamentalismo da sua essência (vide nota de rodapé n. 93) para explicar a forma de religiosidade presa a princípios religiosos absolutos e em constante confronto com o progresso social, o termo *Aggiornamento*, estritamente vinculado à postura da Igreja Católica após o Concílio Vaticano II, é utilizado para representar toda e qualquer manifestação

nem tampouco é adotado por todos os católicos. Existem protestantes liberais, adeptos da teologia liberal, o judaísmo reformado (ou judaísmo reformista) e até mesmo islamitas em favor de valores progressistas. Por outro lado, dentro do catolicismo existem correntes que não estão dispostas a dialogar com a modernidade e a proteção à valores, que não se extraem da interpretação literal da Bíblia ¹⁰⁶.

Desta forma, constatamos que o mundo permanece extremamente religioso, porém não há nenhuma uniformidade nos movimentos e manifestações de fé. Alguns seguem crenças tradicionais, outros desenvolvem suas próprias espiritualidades ou se filiam a igrejas recém fundadas. Alguns tem seus princípios religiosos como valores incontestáveis e imodificáveis com o evoluir da sociedade, enquanto outros permitem conciliar suas crenças e valores com o progresso da humanidade.

Definir religião hoje exige o estabelecimento de contornos muito mais abrangentes do que os existentes no passado. Por outro lado, apesar de toda transformação do fenômeno religião nos últimos 50 anos, ainda são os clássicos e os conceitos produzidos no princípio do século XX, que norteiam o pensamento atual na definição do que é religião ¹⁰⁷.

religiosa que se atualiza para se adequar às reformas sociais do mundo contemporâneo e o desenvolvimento de direitos.

¹⁰⁶ Sobre o projeto de *Aggiornamento* do Catolicismo, CECÍLIA LORETO MARIZ identifica duas tendências da Igreja Católica, uma no sentido do mais amplo diálogo com a cultura secular e outra no sentido contrário, em suas próprias palavras:

“Desde o Concílio Vaticano II e o projeto de ‘aggiornamento’ do Catolicismo, a Igreja Católica se encontra diante de basicamente duas tendências fortes. A primeira formada por movimentos que procuram aprofundar esse ‘aggiornamento’ fazendo um ‘aggiornamento do aggiornamento’, continuando a rever a tradição católica em diálogo com a cultura secular mais ampla. A segunda tende ser de apoio ao papado de Bento XVI, na medida em que é constituída pelos movimentos que vão na direção contrária da primeira e reagem a esse processo de modernização; esses movimentos criticam e reagem de forma negativa à cultura secular contemporânea, negando as mudanças na tradição católica”.

(MARIZ. Cecília Loreto. *Instituições tradicionais e movimentos emergentes*. In: PASSOS, João Décio; USARSKI, Frank. (organizadores). *Compêndio de ciência da religião*. São Paulo: Paulinas: Paulus, 2013, p. 310).

O artigo acima referido, de CECÍLIA LORETO MARIZ foi escrito durante o pontificado de Bento XVI. Porém, é certo que se transportarmos sua lição para o pontificado atual, do Papa Francisco, parece que, ao contrário de seu antecessor, o que se verifica é o aprofundamento do *aggiornamento*, em consonância com a primeira das duas tendências diagnosticadas dentro do Catolicismo.

¹⁰⁷ CLIFFORD GEERTZ, antropólogo que se dedicou a definir o que é religião, percebe que qualquer trabalho com o mesmo fim segue a abordagem de DURKHEIM, WEBER, FREUD ou MALINOWSKI, com apenas poucos desenvolvimentos marginais (Cf. GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014, p. 65)

Assim, para desenvolver o conceito atual de religião, que será adotado nesta tese, serão utilizados, inicialmente, os conceitos clássicos.

A definição de religião mais popularizada tem em vista o seu sentido etimológico, a palavra vem do latim *religio*, derivada do tema *religare*, que seria ligar novamente, ou melhor, ligar fortemente ¹⁰⁸. Partindo deste sentido etimológico, religião seria uma forma de religar o ser humano com Deus.

No entanto, existem grandes e tradicionais religiões em que a ideia de Deus está ausente, ou assume papel secundário na crença, sem que ninguém lhes negue o seu caráter religioso. É o caso do budismo e do jainismo ¹⁰⁹. Além disso, inclusive nas religiões deístas, existem relações culturais que visam outra coisa que não unir o ser humano a Deus ¹¹⁰.

O conceito etimológico, portanto, não consegue abranger todas as religiões, nem traduzir o fenômeno religioso.

Se da palavra não conseguimos extrair seu próprio sentido, estudar a religião como fenômeno social, apreciando o comportamento da sociedade em relação a tudo o que se denomina religião, parece caminho mais aceitável.

Foi o que fez ÉMILE DURKHEIM. Entendendo a religião como algo eminentemente social, ainda em 1912, o sociólogo francês desenvolveu o seguinte conceito de religião: “*Uma religião é um sistema solidário de crenças e de práticas relativas a coisas sagradas, isto é, separadas, proibidas, crenças e práticas que reúnem numa mesma comunidade moral, chamada igreja, todos aqueles que a elas aderem*” ¹¹¹

¹⁰⁸ Cf. BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa: vocábulos, expressões da língua geral e científica-sinônimos: contribuições do tupi-guarani*. São Paulo: Saraiva, 1967, p. 3.452.

¹⁰⁹ Cf. DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália*. Op. Cit. pp. 11 a 18.

¹¹⁰ Neste sentido, DURKHEIM identificou: “*Há ritos sem deuses e, inclusive, há ritos dos quais derivam os deuses. Nem todas as virtudes religiosas emanam de personalidades divinas, e há relações culturais que visam outra coisa que não unir o homem a uma divindade. Portanto, a religião vai além da ideia de deuses ou de espíritos, logo não pode se definir exclusivamente em função desta última*”. (DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália*. Op. Cit. p. 18).

¹¹¹ DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália*. Op. Cit. p. 32

Tal conceito, apesar de tudo o que ocorreu com a religião nos últimos 100 anos, ainda é muito seguido.

Entretanto, a definição de DURKHEIM, propositadamente ¹¹², reconhece apenas o modo coletivo de religiosidade, voltado para a igreja. Contudo, como já demonstramos, tem se tornado cada vez mais populares as crenças individuais, nas quais o indivíduo não participa da igreja. Estudando o crescimento da religiosidade individual, podemos perceber que enquanto as instituições religiosas estão em crise, a religiosidade permanece viva e crescendo na população. Não seria, portanto, a igreja, como instituição, elemento indispensável para se definir a religião. Por outro lado, a religiosidade individual para sobreviver depende de suas fontes inspiradoras, que são justamente a base dados das igrejas (símbolos, histórias, significados) ou as experiências intercambiadas com outros indivíduos religiosos (individuais ou membros de alguma instituição religiosa) – elementos indispensáveis para formação da crença. Logo, mesmo sem a necessidade de filiação à instituição religiosa, a religião permanece algo eminentemente social, que depende da vida comunitária.

Sem considerar o elemento Igreja na conceituação do que é religião, o antropólogo CLIFFORD GEERTZ desenvolveu conceito de religião bem aceito pela doutrina das ciências da religião brasileira ¹¹³, pois consegue abranger as formas de espiritualidade difusas. Nas palavras do antropólogo norte-americano, religião é:

“um sistema de símbolos que atua para estabelecer poderosas, penetrantes e duradouras disposições e motivações nos homens através da formulação de conceitos de uma ordem de existência geral e vestindo essas concepções com tal aura de fatorialidade que as disposições e motivações parecem singularmente realistas” ¹¹⁴

¹¹² O próprio DURKHEIM já admitia a existência de formas religiosas em que o indivíduo institui para si a própria crença e celebra por contra própria. Cita como exemplo que cada Ojibway tem seu *manitu* pessoal, o melanésio nas Ilhas Banks tem seu *tamaniu*, o romano tem seu *genius* e o cristão seu santo padroeiro e seu anjo da guarda. Mas, entende que tais crenças individuais não constituem sistemas religiosos distintos e autônomos, mas simples aspectos da religião comum a toda a igreja da qual os indivíduos fazem parte.

¹¹³ EDUARDO RODRIGUES DA CRUZ (Cf. CRUZ, Eduardo Rodrigues da. *Religião e ciência*. São Paulo: Paulinas, 2014, pp. 33 e 34) e SILAS GUERRIERO (Cf. GUERRIERO, Silas. *Antropologia da religião*. In: PASSOS, João Décio; USARSKI, Frank. (organizadores). *Compêndio de ciência da religião*. São Paulo: Paulinas: Paulus, 2013, p. 249) fazem referência à definição de CLIFFORD GEERTZ.

¹¹⁴ GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Op.cit., p. 67

O conceito é bem abrangente e consegue agrupar tanto as religiões antigas, quanto as novas e as formas de religiosidade individual, sem a mediação das igrejas, típicas da modernidade, como demonstrado acima.

O fenômeno religioso atual, no entanto, afeta individualmente cada qual e a própria sociedade de modos diversos, dependendo da flexibilidade dos princípios seguidos. Como vimos, a religião pode acompanhar o mesmo sentido da conquista da liberdade e da evolução dos direitos humanos, sendo a crença atualizada e adaptada com o passar dos anos, naquilo que possa representar obstáculo ao desenvolvimento da pessoa humana e do seu fim, que é a felicidade de todos (como ocorre no que definimos como *Aggiornamento*). De outra parte, quando a religião se expressa através de práticas e/ou fundamentos que vão de encontro com a evolução da liberdade (o que pode ocorrer na prática fundamentalista), algo precisa ser adaptado.

A solução, no entanto, não é simples a ponto de considerar e proteger os credos religiosos compatíveis com os conceitos racionalmente desenvolvidos em favor da liberdade de todos e, por outro lado, proibir e reprimir as convicções religiosas, que impliquem em observância de regras e de comportamentos, que se justificam na observância literal dos textos sagrados.

Isto porque não se pode submeter pessoas a regras e padrões de vida, cuja escolha não resultou de processo com participação e o envolvimento dos mais diversos grupos da sociedade plural. Se os cidadãos com alto grau de rigor na observância de princípios e mandamentos sagrados forem liminarmente excluídos ou silenciados no debate político e social, nem mesmo o primeiro estágio da liberdade, que BENJAMIN CONSTANT chamou de liberdade dos antigos ¹¹⁵, restará respeitado, pois cerceada a sua participação no debate político.

Desta forma, reconhecendo que a religião, assim como a filosofia, também cumpriu papel essencial no reconhecimento e evolução da liberdade, JÜRGEN HABERMAS defende a participação dos cidadãos religiosos no debate público. Como ensina o filósofo alemão:

¹¹⁵ Vide ponto 1.1.

“A neutralidade ideológica do poder do Estado que garante as mesmas liberdades éticas é incompatível com a generalização política de uma visão do mundo secularizada. Em seu papel de cidadãos do Estado, os cidadãos secularizados não podem nem contestar em princípio o potencial de verdade das visões religiosas do mundo, nem negar aos concidadãos religiosos o direito de contribuir para os debates públicos servindo-se de uma linguagem religiosa. Uma cultura política liberal pode até esperar dos cidadãos secularizados que participem de esforços de traduzir as contribuições relevantes em linguagem religiosa para uma linguagem que seja acessível publicamente”¹¹⁶.

Debatendo com HABERMAS, o então Cardeal JOSEPH RATZINGER, depois eleito Papa BENTO XVI, vai além e conclui que não só a religião há de ser limitada por elementos racionais, mas como a razão deve reconhecer seus limites e aprender com as tradições religiosas, *in verbis*:

“Existem patologias na religião que são extremamente perigosas e que exigem que se use a luz divina da razão como uma espécie de órgão de controle que a religião deve usar constantemente para sua purificação e reordenação, ideia que, aliás, já era defendida pelos padres da Igreja. Mas nossas reflexões mostraram que existem também patologias da razão (fato do qual a humanidade em geral não tem a mesma consciência). Existe a ‘hybris’ da razão, que não é menos perigosa; por causa de sua eficiência potencial, é até mais ameaçadora, pois produz a bomba atômica e enxerga o ser humano como um mero produto. Por isso se faz necessário que a razão também seja levada a reconhecer seus limites e a aprender com as grandes tradições religiosas da humanidade. Quando ela passa a se emancipar completamente, deixando de lado a disposição de aprender e de se correlacionar, ela se torna destruidora”¹¹⁷.

As palavras de RATZINGER demonstram como a doutrina religiosa pode contribuir para formação de princípios e defesa de valores essenciais para a liberdade. O discurso religioso que condena atrocidades como a criação e a explosão da bomba atômica e procura combater os vícios da sociedade moderna, acostumada a tratar seres humanos como produtos, é de fundamental importância para que se alcance o mais avançado estágio de proteção à liberdade.

¹¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Fundamentos pré-políticos do Estado de direito democrático*. In: SCHULLER, Florian (organizador). Tradutor: Alfred J. Keller. *Dialética da secularização: sobre razão e religião / Jürgen Habermas, Joseph Ratzinger*. Aparecida-SP: Ideias & Letras, 2007, p. 57.

¹¹⁷ RATZINGER, Joseph. *O que mantém o mundo unido: fundamentos morais pré-políticos de um Estado Liberal*. In: *Dialética da secularização: sobre razão e religião / Jürgen Habermas, Joseph Ratzinger*. Op. Cit. p. 87 e 88.

A participação de crentes com contribuições religiosas para a razão pública ¹¹⁸, formada com base no princípio da liberdade, é admitida, também, por JOHN RAWLS, que chama esse entendimento de “visão inclusiva”. Para o filósofo norte-americano, em determinadas sociedades não ordenadas, o discurso religioso pode servir como suporte à razão pública, citando como exemplos os discursos dos abolicionistas no período anterior à Guerra Civil dos Estados Unidos da América, que diziam que as instituições escravagistas do Sul eram contrárias à lei de Deus e o movimento em favor dos direitos civis nos Estados Unidos, liderado por MARTIN LUTHER KING JR., que era pastor protestante ¹¹⁹.

No entanto, diante do pluralismo religioso e, uma vez que a Constituição só pode ser formada por princípios e valores racionais e razoáveis, que possam ser aceitos por todos, as doutrinas religiosas não podem, isoladamente, servir como base para a elaboração das normas constitucionais e da interpretação constitucional. Neste sentido, JOHN RAWLS limita a interferência religiosa na composição da razão pública, como se nota do seguinte trecho de sua obra “*O Liberalismo Político*”:

“Ao discutir sobre elementos constitucionais essenciais e sobre questões de justiça básica, não devemos apelar para doutrinas religiosas e filosóficas abrangentes – para aquilo que, enquanto indivíduos ou membros de associações, entendemos ser a verdade toda –, nem para teorias econômicas complicadas de equilíbrio geral, por exemplo, quando controversas. Tanto quanto possível, o conhecimento e as formas de argumentação que fundamentam nossa aceitação dos princípios de justiça e sua aplicação a elementos constitucionais essenciais e à justiça básica devem repousar sobre verdades claras, hoje amplamente aceitas pelos cidadãos em geral, ou acessíveis a eles. Caso contrário, a concepção política não ofereceria uma base pública de justificação”. ¹²⁰

Desta forma, constatamos que a religião do terceiro milênio apresenta faces diversas, podendo ter como base a doutrina milenar de instituições seguidas por milhões de crentes em todo o mundo ou se fundar em revelações recentes à poucos indivíduos,

¹¹⁸ Ensina JOHN RAWLS que a razão pública é “a razão de cidadãos iguais que, enquanto corpo coletivo, exercem um poder político final e coercitivo uns sobre os outros ao promulgar leis e emendar sua Constituição” (RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo; Revisão de tradução: Álvaro Vita. 2ª edição. São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 263)

¹¹⁹ Cf. RAWLS, John. *O liberalismo político*. Op. Cit. pp. 300 a 303.

¹²⁰ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Op. Cit., p. 274.

que acabam de fundar pequenas comunidades religiosas, ou preferem guardar suas crenças para si. Outra variável atual é a intensidade da obediência aos textos sagrados que pode ir desde a busca pela universal observância a sua literalidade, o que se contrapõe ao progresso social, à flexibilidade interpretativa, que contribui para o avanço da liberdade igual. Todos os cidadãos, de qualquer credo e intensidade, têm legitimidade de participar na formação e atualização das bases políticas do Estado, porém a Constituição não pode justificar suas imposições em fundamentos de uma ou algumas doutrinas religiosas. Diante de tais pressupostos, vamos estudar como a Constituição Federal de 1988 reconheceu e tratou do fenômeno religioso, buscando interpretação compatível com o avanço da liberdade.

3. – A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO FENÔMENO RELIGIOSO

3.1 A evolução da proteção à liberdade religiosa no Brasil

Conferindo a história do Ocidente, percebe-se que por muitos anos, Igreja e Estado caminhavam lado a lado e tinham total controle sobre a vida social. O Estado, na maior parte das vezes, inclusive, justificava a sua própria existência pelos argumentos religiosos interessantes para o convencimento dos seus súditos.

Porém, principalmente após a Reforma Protestante ¹²¹, que deu fim à unidade religiosa existente na Europa Ocidental, a existência de múltiplas crenças no mesmo espaço comunitário, todas elas assumindo o *status* de verdadeira religião, acabou por motivar intenso período de guerras religiosas.

É neste contexto que surge a liberdade religiosa, mais como tratado de paz entre os conflitos decorrentes da diversidade de crença; mais como manifestação de tolerância religiosa, do que como respeito à liberdade individual. A lição de Pontes de Miranda é

¹²¹ Jónatas Machado reconhece a importância da Reforma Protestante para desencadear a evolução do discurso teológico-confessional para o discurso jurídico-constitucional sobre a liberdade religiosa, que é o adotado pelos Estados Democráticos não confessionais do mundo moderno. Afirma Jónatas Machado sobre o papel decisivo da Reforma Protestante: *“O discurso teológico exclusivista da libertas ecclesiae conformou os espaços político e jurídico durante toda a Idade Média. No entanto, a Europa vai assistir a uma alteração deste estado de coisas quando da quebra da unidade político-religiosa da Cristandade. Pode mesmo dizer-se que, para a Europa ocidental, a data relevante para determinar o fim da Idade Média é a Reforma Protestante, que ocorre cerca de cinquenta anos depois da queda do Império Romano do Oriente. O surgimento do Protestantismo desencadeia um processo que vai mudar o curso dos acontecimentos na Europa e em todo o mundo. Nos seus momentos principais ele conta com as guerras religiosas, o advento do Estado soberano moderno como solução política para os conflitos teológicos, a questão da tolerância religiosa e da paridade confessional, a justificação do poder político e do discurso jurídico com base em postulados contratualistas e jusnaturalistas, a abertura à liberdade individual, o constitucionalismo liberal revolucionário, a secularização e racionalização dos vários domínios da vida em sociedade. Este processo culmina na maturidade de um discurso jurídico-constitucional centrado na consideração dos indivíduos como cidadãos livres e iguais, com profundas repercussões no domínio da liberdade religiosa e da separação das confissões religiosas do Estado”*.

(MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Universidade de Coimbra – Coimbra Editora, 1996, p. 53).

No entanto, embora a Reforma Protestante tenha sua importância na consagração da liberdade religiosa, pois permitiu a existência de diversidade religiosa em grupos de mesmo patamar social, não foi por si só a responsável pela descoberta do direito fundamental, a intolerância e fanatismo de Lutero e Calvino se inserem na tradição eclesial. Além disso, não se pode ignorar que, antes da Reforma, diversos mártires se opuseram aos dogmas e ao poder de dominação da religião, entregando sua vida em prol da liberdade de crer e pensar (Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. I, de 1969 (tomo V. Arts. 153, §2º - 159)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 120).

neste exato sentido: “*Os inícios da liberdade religiosa foram simples armistícios, ou tratados de paz entre duas religiões interessadas em cessar, por algum tempo, a luta. Depois, admitiram-se mais uma ou duas ou as mais conhecidas. Não só: onde uma preponderava, não abria mão do seu prestígio; tolerava as outras*”¹²².

A proteção jurídica religiosa surge no Brasil, no início de nossa história como Estado independente, neste cenário de tolerância religiosa, sem muito campo para a liberdade.

A Constituição Imperial de 1824 definia a Religião Católica Apostólica Romana como religião oficial, mas tolerava o culto de outros credos domésticos, ou particulares em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior do Templo (art. 5º da Constituição do Império¹²³). Por outro lado, a Carta de 1824 vedava a perseguição por motivo de religião, desde que respeitada a religião do Estado e sem ofensa à a moral pública (art. 179, V¹²⁴). Ademais, a manutenção da religião católica fazia parte do juramento do Imperador, seus herdeiros e Conselheiros de Estado (art. 103¹²⁵, bem como os arts. 106 e 141). Além disso, certos cargos públicos, como os de Deputado, só poderiam ser exercidos pelos que professassem a religião do Estado (art. 95¹²⁶). Portanto, eram tantos os limites aos que professassem religião diversa da do Estado, que não se pode afirmar, com razão, que existia liberdade religiosa no Brasil Imperial, apenas pequeno grau de tolerância.

O fim da religião oficial no Brasil, permitindo a liberdade religiosa, só veio a ocorrer com o advento da República, mediante a edição do Decreto nº. 119-A, em 7 de

¹²² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. I, de 1969 (tomo V. Arts. 153, §2º - 159)*. Op. Cit., p. 121.

¹²³ Art. 5. A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior do Templo.

¹²⁴ Art. 179, V - Ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica.

¹²⁵ Art. 103. O Imperador antes do ser aclamado prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, a integridade, e indivisibilidade do Imperio; observar, e fazer observar a Constituição Política da Nação Brasileira, e mais Leis do Imperio, e prover ao bem geral do Brazil, quanto em mim couber.

¹²⁶ Art. 95. Todos os que podem ser Eleitores, abeis para serem nomeados Deputados. Exceptuam-se: III. Os que não professarem a Religião do Estado.

janeiro de 1890¹²⁷, pelo governo provisório que se instaurou após a Proclamação de 15 de novembro de 1889. Tão somente após este Decreto dos primeiros meses da República, anterior, inclusive, à Constituição de 1891, foi extinto o padroado¹²⁸ com todas as suas instituições. Assim, as confissões religiosas foram igualadas, sendo proibido às autoridades federal e estaduais¹²⁹ criarem diferenças entre seus habitantes, por motivo de crença, opinião filosófica ou religiosa. O Decreto, ainda, expressamente consagrou a liberdade de associação religiosa, permitindo a sua constituição e manutenção, segundo seu credo e disciplina, sem a intervenção do poder público.

No texto constitucional, a liberdade religiosa só foi garantida com a promulgação da Constituição Republicana de 1891, que manteve a doutrina da separação entre o Estado e a Igreja, instituída pelo Decreto do Governo Provisório (art. 72, §7º¹³⁰, e art. 11, 2º¹³¹, ambos da Constituição de 1891)¹³². A Primeira Constituição Republicana estabeleceu certos ditames da proteção da liberdade religiosa, que seriam seguidos pelas Constituições subsequentes, protegendo a liberdade de culto e de associação religiosa (art. 72, §3º¹³³). Ademais, ficou estabelecido que o ensino nos

¹²⁷ É interessante notar que o Decreto nº. 119-A, editado em 7 de janeiro de 1890, permanece em vigor até os dias de hoje. Por força do Decreto nº. 11 de 1991, o Decreto da liberdade religiosa, que depois foi consagrada nas Constituições brasileira, chegou a ser revogado, porém, em 2002, foi editado o Decreto nº. 4.496 de 4 de dezembro, com fim exclusivo de restabelecer a vigência do Decreto que distanciou o Estado da Religião Oficial.

¹²⁸ O Padroado era uma instituição derivada dos portugueses. Por meio do padroado, o Imperador, além de chefe de Estado, era também o representante supremo da Santa Sé no Brasil. Assim, competia ao Imperador construir e manter as igrejas, nomear bispos e padres, os quais eram pagos pelo governo como os demais funcionários públicos, entre outras funções hoje exclusivas da Igreja.

¹²⁹ Importante registrar que a vedação prevista no decreto incluía apenas as autoridades federal e estaduais, o que diferencia o Decreto do Governo Provisório da atual Constituição que veda o estabelecimento de preferências também às autoridades municipais e do Distrito Federal (art. 19), fato que se justifica, pois em 1890 não tinham os Municípios autonomia, nem tampouco existia Distrito Federal, que só foi criado pela Constituição de 1891, mas sem, contudo, autonomia, que só lhe seria conferida muitos anos depois.

¹³⁰ Art. 72, § 7º - Nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados.

¹³¹ Art 11 - É vedado aos Estados, como à União:

2º) estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos;

¹³² Nota-se que a Constituição Republicana de 1891, até mesmo para fortalecer o princípio do Estado laico, instituído no Brasil nesta ordem constitucional, não utilizou em seu Preâmbulo a expressão “*sob a proteção de Deus*”, invocada nas Constituições de 1824, 1934, 1946, 1967, na EC n. 1/69 e na Constituição atual, de 1988.

Outra inovação da Constituição de 1891, que embora também estivesse inserida no processo de laicização do Estado, não constou do Decreto nº. 119-A do ano anterior, foi a secularização dos cemitérios, como constou do artigo 72, §5º, nos seguintes termos: “§ 5º - *Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis*”.

¹³³ Art. 72, § 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.

estabelecimentos públicos seria leigo (art. 72, §6º ¹³⁴), bem como que só seria reconhecido o casamento civil (art. 72, §4º ¹³⁵). Em contrapartida, não constou expressamente da Lei Suprema de 1891 a liberdade de consciência e de crença, mas a Constituição previa que nenhum cidadão brasileiro poderia ser privado de seus direitos civis e políticos nem se eximir do cumprimento de qualquer dever cívico por motivo de crença ou função religiosa (art. 72, §28 ¹³⁶), sendo imposta a perda dos direitos políticos a quem alegasse motivo de crença religiosa para se eximir de obrigação imposta aos cidadãos por lei (art. 72, §29 ¹³⁷).

Por sua vez, a liberdade de crença, ainda que implicitamente protegida na ordem constitucional instituída em 1891, só veio a ter proteção expressa na lei maior com a Constituição de 1934, incluindo sua proteção ao lado da liberdade de consciência, outra inovação expressa no texto constitucional de 1934 (art. 113, 5, da Constituição de 1934 ¹³⁸). Por outro lado, a Constituição de 1934, ao garantir a liberdade de culto, no mesmo parágrafo em que protegeu a liberdade de consciência e crença e a liberdade de associação religiosa, trouxe limite expresso ao exercício desta liberdade (de culto), que seria a contravenção à ordem pública e aos bons costumes, o que julgamos ter sido pequeno retrocesso na proteção deste direito, que conforme se demonstrará adiante já é limitado pelos outros direitos fundamentais e princípios inseridos na Constituição, porém não poderia sofrer restrição expressa por valores tão subjetivos como são “ordem pública” e “bons costumes”, que conferem ao aplicador do direito ampla discricionariedade para, com base em sua própria subjetividade, limitar a liberdade individual. Todavia, embora a restrição imposta à liberdade de culto, atenção à ordem pública e bons costumes, tenha se repetido nas Constituições de 1937, de 1946, de 1967, a Constituição de 1988 acertadamente retirou tal limitação expressa à liberdade de culto ¹³⁹. A Constituição de 1934, em sentido contrário da antecessora, que apenas definia que

¹³⁴ Art. 72, § 6º - Será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos.

¹³⁵ Art. 72, § 4º - A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita.

¹³⁶ Art. 72, § 28 - Por motivo de crença ou de função religiosa, nenhum cidadão brasileiro poderá ser privado de seus direitos civis e políticos nem eximir-se do cumprimento de qualquer dever cívico.

¹³⁷ Art. 72, § 29 - Os que alegarem motivo de crença religiosa com o fim de se isentarem de qualquer ônus que as leis da República imponham aos cidadãos, e os que aceitarem condecoração ou títulos nobiliárquicos estrangeiros perderão todos os direitos políticos.

¹³⁸ Art. 113, 5) É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil.

¹³⁹ Em sentido contrário registra-se a posição de Celso Ribeiro Bastos, que defendia a incidência da ordem pública e dos bons costumes como limites à liberdade de culto mesmo após a vigência da

o ensino seria leigo, instituiu o ensino religioso nas escolas públicas, tendo caráter facultativo (art. 153 ¹⁴⁰) ¹⁴¹. Ademais, vale mencionar que a Constituição de 1934 foi a primeira a prever a assistência religiosa nas expedições militares, nos hospitais, nas penitenciárias e em outros estabelecimentos oficiais, sem ônus para os cofres públicos (art. 113, 6 ¹⁴²), bem como a primeira a estabelecer que o casamento religioso poderia ter efeitos civis (art. 146 ¹⁴³), rompendo com o reconhecimento exclusivo do casamento civil da ordem constitucional anterior.

A Constituição de 1937 segue a previsão da laicidade do Estado, e, assim como a Constituição de 1934, admitiu o ensino religioso de caráter facultativo, mas no campo dos direitos individuais, protegeu apenas a liberdade de culto e de associação religiosa (art. 122, 4º, da Constituição de 1937 ¹⁴⁴), restando à liberdade de crença e consciência novamente a proteção implícita, embora não tivesse, a Carta de 1937, previsto a cláusula que consagrava que ninguém seria privado de direitos por motivo de convicções religiosas, políticas ou filosóficas, que se repetiu em todas as demais

Constituição de 1988, nos seguintes termos: *“Embora a atual Constituição não faça referência expressa à observância da ordem pública e dos bons costumes como fazia a anterior, estes são valores estruturantes de toda ordem normativa. Confirma-se assim a respeito do que já observamos com relação à inexistência de censura quanto à expressão do pensamento. Viu-se na ocasião que o Estado não pode permitir que, ainda que sob fundamento da proteção de valores muito encarecidos pela ordem moral, venha a se perpetrar atentados a uma moral dominante ou mesmo à condição humana”*.

(BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 22. edição rev. e atual. por Samantha Meyer-Pflug. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 300 e 301).

¹⁴⁰ Art 153 - O ensino religioso será de frequência facultativa e ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do aluno manifestada pelos pais ou responsáveis e constituirá matéria dos horários nas escolas públicas primárias, secundárias, profissionais e normais.

¹⁴¹ Também ao contrário da Constituição de 1891, que apenas estabeleceu o caráter secular dos cemitérios, a Constituição de 1934 permitiu a existência de cemitérios particulares mantidos por associações religiosas, mas nesta hipótese, nos lugares em que a não houvesse cemitério secular, as associações religiosas eram vedadas de recusar sepultura. É o que se extrai do artigo 113, 7, da Constituição de 1934, com a seguinte redação: *“Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, sendo livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes. As associações religiosas poderão manter cemitérios particulares, sujeitos, porém, à fiscalização das autoridades competentes. É lhes proibida a recusa de sepultura onde não houver cemitério secular”*.

¹⁴² Art. 113, 6) Sempre que solicitada, será permitida a assistência religiosa nas expedições militares, nos hospitais, nas penitenciárias e em outros estabelecimentos oficiais, sem ônus para os cofres públicos, nem constrangimento ou coação dos assistidos. Nas expedições militares a assistência religiosa só poderá ser exercida por sacerdotes brasileiros natos.

¹⁴³ Art 146 - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição sejam observadas as disposições da lei civil e seja ele inscrito no Registro Civil. O registro será gratuito e obrigatório. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legais atinentes à celebração do casamento.

¹⁴⁴ Art. 122, 4º) todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes;

Constituições Republicanas. Ao contrário, a Carta editada por Getúlio Vargas impunha a punição de perda dos direitos políticos aos que se recusassem, alegando convicção religiosa, filosófica ou política, de cumprir encargo, serviço ou obrigação imposta por lei (art. 119, b ¹⁴⁵). Além disso, a Constituição outorgada no Estado Novo foi omissa quanto à assistência religiosa nos estabelecimentos oficiais, bem como quanto ao casamento religioso com efeitos civis ¹⁴⁶. É silente também quanto à liberdade de organização religiosa.

Por sua vez, a Constituição de 1946 restabeleceu o mesmo regramento da liberdade religiosa, previsto no ordenamento constitucional anterior ao Estado Novo, conjugando novamente a liberdade de culto, a liberdade de associação religiosa e a liberdade de crença, bem como todas as demais implicações relacionadas aos direitos religiosos, que mencionamos para a Constituição de 1934. A única inovação quanto ao tema da liberdade religiosa consistiu no surgimento da imunidade tributária de impostos sobre templo de qualquer culto (art. 31, V, *b*, da Constituição de 1946 ¹⁴⁷).

A Constituição de 1967 também segue a mesma normatização, porém com sutis diferenças na proteção dos direitos individuais ¹⁴⁸. A primeira foi a omissão da expressão liberdade de crença, consagrando-se expressamente apenas a liberdade de consciência (art. 150, §5º, da Constituição de 1967 ¹⁴⁹). Por outro lado, a Carta outorgada em 1967 vedou expressamente a distinção por credo religioso (art. 150, §1º ¹⁵⁰). A segunda distinção consistiu no fato de que a proteção à associação religiosa deixou de ter menção expressa, sendo protegida pela cláusula geral que protege a

¹⁴⁵ Art 119 - Perdem-se os direitos políticos:

b) pela recusa, motivada por convicção religiosa, filosófica ou política, de encargo, serviço ou obrigação imposta por lei aos brasileiros;

¹⁴⁶ Com relação aos cemitérios, a Constituição de 1937 estabeleceu que os cemitérios seriam seculares e administrados pela autoridade municipal. Neste sentido era a redação do art. 122, 5º): “*os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal;*”

¹⁴⁷ Art 31 - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado:

V - lançar impostos sobre:

b) templos de qualquer culto bens e serviços de Partidos Políticos, instituições de educação e de assistência social, desde que as suas rendas sejam aplicadas integralmente no País para os respectivos fins;

¹⁴⁸ Outra distinção é a omissão quanto ao regramento dos cemitérios, que, até 1967, ocupava espaço no texto constitucional. A matéria foi desconstitucionalizada, inclusive, na Constituição de 1988.

¹⁴⁹ Art. 150, § 5º - É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes.

¹⁵⁰ Art. 150, § 1º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção, de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas. O preconceito de raça será punido pela lei.

liberdade de associação (prevista, na Constituição de 1967, no art. 150, §28 ¹⁵¹). Ademais, quanto à previsão da separação do Estado da Igreja, a Constituição, além de impedir ao poder público o estabelecimento de cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o exercício, como estipulavam as Constituições de 1891, 1934, 1937 e 1946, vedou ainda que o Estado mantivesse com as instituições religiosas e seus representantes, relações de dependência ou aliança, porém, trouxe importante ressalva, permitindo a colaboração de interesse público, notadamente nos setores educacional, assistencial e hospitalar (art. 9º, II ¹⁵²).

Quanto à proteção religiosa, a Emenda Constitucional nº. 1 de 1969 praticamente não alterou o regramento da Constituição de 1967. A única distinção foi quanto à possibilidade de colaboração de interesse público dos poderes públicos com as entidades religiosas, que passou a depender de forma e limites estipulados por lei federal (art. 9º, II, da Constituição de 1967, após a Emenda Constitucional nº. 1/69 ¹⁵³).

Assim, chegamos ao texto constitucional de 1988, que trouxe algumas mudanças no tratamento ao fenômeno religioso, mas manteve muitas das características desenvolvidas nas Constituições anteriores. Desta forma, Constituição atual protegeu a liberdade de religião e o reconhecimento da religiosidade dos brasileiros de modo semelhante à Constituição anterior quanto aos seguintes aspectos: *i*) manteve a referência a Deus no seu preâmbulo ¹⁵⁴; *ii*) vedação à religião oficial, caracterizando a laicidade do Estado (art. 19 da Constituição ¹⁵⁵) ¹⁵⁶; *iii*) o ensino religioso de matrícula

¹⁵¹ Art. 150, § 28 - É garantida a liberdade de associação. Nenhuma associação poderá ser dissolvida, senão em virtude de decisão judicial.

¹⁵² Art 9º - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado:

II - estabelecer cultos religiosos ou igrejas; subvencioná-los; embaraçar-lhes o exercício; ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de Interesse público, notadamente nos setores educacional, assistencial e hospitalar;

¹⁵³ Art 9º - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado:

II - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o exercício ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de interesse público, na forma e nos limites da lei federal, notadamente no setor educacional, no assistencial e no hospitalar;

¹⁵⁴ Preâmbulo da Constituição:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

¹⁵⁵ Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

facultativa (art. 210, §1º ¹⁵⁷); *iv*) previsão de casamento religioso com efeitos civis (art. 226, §2º ¹⁵⁸); *v*) garantia de prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5º, VII ¹⁵⁹); *vi*) imunidade tributária de impostos para os templos de qualquer culto (art. 150, VI, *b* ¹⁶⁰).

Por outro lado, a Constituição de 1988 trouxe algumas distinções do texto da Constituição de 1967. A primeira delas consistiu no retorno da expressão liberdade de crença ao lado da liberdade de consciência (art. 5º, VI ¹⁶¹). A segunda suprimiu limitadores expressos à liberdade de culto, contrariedade à ordem pública e bons costumes (art. 5º, VI). A terceira protegeu os locais de culto e suas liturgias, que é garantida, nos termos da lei (art. 5º, VI). Por fim, a Constituição cidadã manteve a garantia de que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta, no entanto, quanto à ressalva (eximir-se de obrigação a todos imposta), a Constituição trouxe a possibilidade de cumprir prestação alternativa, fixada por lei (art. 5º, VIII ¹⁶²).

Por todo o desenvolvimento da temática da liberdade religiosa na evolução constitucional brasileira até aqui exposto, força concluir que a liberdade religiosa, enquanto direito fundamental, é princípio estrutural do Estado, nele compreendidos a

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;

¹⁵⁶ Neste aspecto, a Constituição de 1988 adotou pequenas distinções, quanto à colaboração de interesse público com as entidades religiosas. A primeira foi que a Constituição de 1988 deixou de dar os tipos notáveis de colaboração que eram expostos pela Carta de 1967 (colaboração nos setores educacional, assistencial e hospitalar). Outra distinção foi que a Constituição de 1967, após a EC n.º 1/69, passou a prever que a forma e os limites da colaboração fossem definidos em lei federal, sendo que a Constituição de 1988 deixou de exigir lei federal, exigindo apenas lei (que pode ser estadual, municipal ou distrital, como veremos).

¹⁵⁷ Art. 210, § 1º O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

¹⁵⁸ Art. 226, § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

¹⁵⁹ Art. 5º, VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

¹⁶⁰ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

b) templos de qualquer culto;

¹⁶¹ Art. 5º, VI - é 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;

¹⁶² Art. 5º, VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;

separação do Estado da Igreja, e os três direitos fundamentais, a liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa.

Assim, convém analisar, nas próximas linhas, detidamente o princípio da separação entre Estado e Igreja e as liberdades de crença, de culto e de organização religiosa na Constituição de 1988, bem como os eventuais limites dos direitos estabelecidos.

3.2 O princípio do estado laico

O dia 15 de novembro de 1889 certamente pode ser considerado o principal marco da nossa organização política, não só pela transformação na forma de governo, que passou a ser a republicana, ou na forma de Estado, que passou a ser a federal, mas também por ter o Brasil superado a doutrina do Estado confessional e aceitado a doutrina da separação entre Estado e Igreja.

Vale dizer que a secularização da religião, em hipótese alguma, pode ser considerada como forma de se descaracterizar o fenômeno religioso, que permanece atual e moderno, como demonstrado no capítulo anterior. Ademais, com o advento do Estado laico em substituição ao Estado confessional, pode-se afirmar que houve grande valorização da liberdade religiosa.

A liberdade que antes era do Estado em escolher a religião oficial e impor aos seus súditos, passa a ser liberdade individual, pertencendo à pessoa o direito de escolher suas próprias crenças, oponíveis, inclusive, ao Estado. O Estado evolui da figura de impositor para a figura de assistente e colaborador nas questões religiosas.

Neste sentido, Hanna Arendt afirmava:

“como evento histórico tangível, a secularização significa apenas a separação entre Igreja e Estado, entre religião e política; e isto, do ponto de vista religioso, implica em retorno à antiga atitude cristã de dar ‘a César o que é de César e a Deus o que é de Deus’, e não uma

perda de fé e transcendência ou um novo e enfático interesse nas coisas deste mundo”¹⁶³.

A separação da Religião dos Estados não abalou o fenômeno religioso, que continua muito forte, inclusive nos Estados não confessionais¹⁶⁴.

Desta forma, a laicidade do Estado, como uma das espécies de separação, se identifica plenamente com a existência da religião e a proteção aos direitos religiosos (liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de associação religiosa).

Por outro lado, é preciso apresentar alguns limites na definição da laicidade do Estado, para que não se confunda a laicidade com o laicismo ou, até mesmo, com a hostilidade a religião, que, assim como a laicidade, são formas de separação do Estado da Igreja.

Enquanto a laicidade deve ser compreendida como a postura de neutralidade e imparcialidade quanto aos credos religiosos, mas assumindo o caráter benevolente e aceitando todos como fenômenos sociais, mercedores de proteção constitucional, o laicismo, por sua vez, se caracteriza pela incompreensão do fenômeno religioso e rejeição de todas as teses religiosas, ainda que tolerando a sua existência.

JÓNATAS MACHADO, tratando sobre a ótica portuguesa, associa o laicismo com o republicanismo europeu, explicando essa ideologia da seguinte forma:

“Também para o laicismo é a verdade que liberta. Só que a verdade não reveste agora uma natureza teológica. O pensamento laicista apoiava-se, em medida não negligenciável, nas pré-compreensões positivistas, racionalistas, cientistas e anti-metafísicas que subordinavam a ideia de verdade a um quase metafísico princípio da verificação. De acordo com este princípio, só seriam verdadeiras as proposições que pudessem ser objeto de comprovação científica, isto é, de demonstração intersubjetivamente válida. Assim, as proposições religiosas e metafísicas eram destituídas de qualquer sentido epistemológico, sendo consideradas como um non sense, fruto da superstição e da menoridade intelectual dos indivíduos. A razão e a ciência são aliadas ao progresso econômico, social e cultural,

¹⁶³ ARENDT, Hanna. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo; 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 265.

¹⁶⁴ Esta é uma das conclusões que chegamos no capítulo anterior.

*enquanto a revelação e a fé são associadas à ignorância e estagnação”*¹⁶⁵.

Além do laicismo, que rejeita as religiões, mas tolera a sua existência nas camadas inferiores da sociedade, sem a aberta perseguição, outro modelo de separação do Estado da Religião, que se distancia, em muito, do Estado laico, é o da hostilidade à religião, tal como ocorreu na União Soviética e na Alemanha nazista¹⁶⁶, onde a ausência de liberdade religiosa, esta substituída pelo combate à religião visando o seu desaparecimento, foi ainda maior do que em muitos Estados assumidamente confessionais¹⁶⁷.

¹⁶⁵ MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Op. cit., p. 307

¹⁶⁶ Sobre a hostilidade para com a religião na União Soviética, Jonatas Machado explica: “*O primeiro (regimes comunistas) apoiava-se na concepção marxista de acordo com a qual a religião é vista como o ópio do povo, isto é, como uma superestrutura ideológica suportada pela classe burguesa com a finalidade de afastar as classes proletárias dos problemas econômicos fundamentais. Graças à religião, a burguesia vê consolidada e perpetuada a sua posição de domínio, ao passo que o proletariado é insistentemente persuadido a aceitar a ordem vigente divinamente estabelecida e a transformar suas aspirações em expectativas soteriológicas e escatológicas a realizar, não através da transformação revolucionária das estruturas econômicas e sociais existentes, mas apenas em ‘novos céus e nova terra em que habitará a justiça’.* Para o marxismo, a religião, a despeito do seu caráter pretensamente metafísico e transcendente, desempenha uma função política de mistificação, sublimação e conservação das desigualdades reais existentes na ordem imanente. Daí o combate à ordem burguesa passe inevitavelmente pela luta contra esse seu instrumento de domínio que é a religião. Só o seu desaparecimento permitirá, em última instância melhorar as condições econômicas e sociais”.

Já quanto à hostilidade na Alemanha nazista afirma o mesmo autor: “*Por outro lado, o nacional-socialismo começou por procurar escoramento numa teologia política de matriz judaico-cristã em que os imperativos divinos se misturavam com proclamações nacionalistas e de pureza rácica. O lema fundamental era: ‘A nossa religião é Cristo, a nossa política é a Alemanha’ (Unsere Religion heißt Christus, unsere Politik heißt Deutschland).* Para muitos Protestantes e Católicos este leit-motiv surgia numa relação natural de continuidade com a tradição germânica de unidade teológica-política. Em breve, porém, as pretensões omnicompreensivas do Terceiro Reich entrariam em rota de colisão com as proposições religiosas. A teologia política adquire uma feição claramente estatizante, em que as finalidades de doutrinação ideológica e de controlo social e cultural assumem uma posição central. O fortalecimento do Estado só seria possível com o enfraquecimento das Igrejas. Assiste-se, então, a uma política de desconfessionalização (Entkonfessionalisierung) da vida pública que nada tem a ver com o ideal liberal das confissões religiosas do Estado. O combate travado contra os direitos das igrejas fazia-se não em nome dos direitos dos cidadãos mas sim dos direitos do Estado. O programa de descristianização da sociedade, designadamente através de propaganda para o abandono das Igrejas (Kirchenaustrittpropaganda), tinha como objetivo último a substituição da dependência de Deus pela dependência das prestações estaduais. O Estado apresenta-se hegelianamente constituído em ideologia totalitária.

(MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Op. cit., p. 308/309)

¹⁶⁷ É muito interessante a história contada por Frei Betto sobre o caráter confessional do Estado que adota o ateísmo como credo oficial. Narra o religioso: “*Perguntei a Fidel Castro, em 1980, quando o conheci em Manágua, por que o Estado cubano era confessional. Ele levou um susto. ‘Como confessional? Somos ateus!’ Reagi: ‘Professar ou negar a existência de Deus é confessionalidade, Comandante. A modernidade exige partidos e Estados laicos.’ Ele afinal concordou. Pouco depois, o Estatuto do Partido Comunista de Cuba e a Constituição do país foram modificados para imprimir caráter laico às duas instituições”.*

No Brasil republicano, o Estado, ao se distanciar da Igreja, adotou a laicidade, não o laicismo, nem tampouco o da hostilidade à religião. É verdade que em alguns momentos tenha sido indiferente ao fenômeno religioso, como na vigência das Constituições de 1891 e de 1937, ao contrário das Constituições de 1934, 1946 e 1967 atentas à questão religiosa, mas nenhuma agressividade às religiões pode ser apontada, pelo menos nos textos positivados ¹⁶⁸, como se constata do histórico constitucional apresentado ¹⁶⁹.

A Constituição de 1988 segue a mesma linha, a da laicidade ¹⁷⁰, visto que o próprio artigo 19, I, que define a separação do Estado da Igreja, fala em colaboração de interesse público com as organizações religiosas, e em outros tantos dispositivos reconhece-se o papel da religião, como fonte de educação (estabelece o ensino religioso de matrícula facultativa), como forma de assistência aos que estão em situação de restrição de liberdade de locomoção e como meio de se constituir família, pois o casamento religioso tem efeito civil, sem contar que o preâmbulo faz referência a Deus.

(Frei Betto. *Frei Betto: Estado laico e Estado confessional*. In O Dia. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/opiniao/2014-09-14/frei-betto-estado-laico-e-estado-confessional.html>>.

Acesso em: 23 de outubro de 2018).

¹⁶⁸ Neste sentido, afirma Pontes de Miranda, comentando a Constituição de 1967 com a Emenda Constitucional nº. I, de 1969: “*Nenhuma agressividade contra as religiões observa na Constituição de 1967, como também ocorria com a de 1946; permaneceram os pontos que a Constituição de 1934 revelava a mais franca simpatia, sem que deixasse de ser laico o Estado. Laicidade que continuava neutra, posto que já não fosse indiferente, nem tampouco hostil. A Constituição de 1937 vovera a ser, como a de 1891, indiferente; e a de 1967, com a de 1934 e a de 1946, atenta*”

(PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. I, de 1969 (tomo V. Arts. 153, §2º - 159)*. Op. cit. p. 140).

¹⁶⁹ Sobre a Constituição de 1891, que foi a primeira a organizar o Estado como não confessional, é notável a vontade do Constituinte da época de distanciar profundamente o Estado da religião. Neste sentido, observam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior: “*Houve certo exagero no repúdio aos valores religiosos, proibindo-se o ensino religioso em escolas públicas e retirando-se os efeitos civis do casamento*”. (ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 21ª. ed. São Paulo: Verbatim, 2017, p. 133.)

Assim, entendemos que, se houve algum período na história do Brasil, em que a Constituição esteve mais próxima do laicismo, foi o da República Velha (Constituição de 1891). Porém, tal aproximação há muitos anos já foi superada.

¹⁷⁰ Neste sentido, importante para corroborar a posição adotada neste artigo citar o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet: “*o laicismo e toda e qualquer postura oficial (estatal) hostil em relação à religião revela-se incompatível tanto com o pluralismo afirmado no Preâmbulo da Constituição Federal, quanto com uma noção inclusive de dignidade da pessoa humana e liberdade de consciência e de manifestação de pensamento, de modo que a necessária neutralidade se assegura por outros meios, tal como bem o demonstra o disposto no art. 19, I, bem como um conjunto de limites e restrições à liberdade religiosa*”. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 465).

Por outro lado, embora reste claro no texto constitucional a laicidade, que não pode se confundir com a confessionalidade, nem tampouco com o laicismo, em muitos casos aferir se o Estado está realmente cumprindo o seu papel, ou está assumindo a postura de algum dos outros dois modelos rejeitados pelo constituinte pode causar problemas e perturbações. Assim, é importante verificar o significado da expressão “sob a proteção de Deus” no preâmbulo da Constituição, e, ainda, como deve se dar a colaboração com as organizações religiosas, permitida pela Constituição. Além disso, é fundamental estudar o comportamento do Estado laico perante alguns assuntos que envolvem manifestações religiosas.

3.2.1 O estado laico e a previsão de colaboração com a religião na Constituição de 1988

A Constituição veda à União e aos demais entes federativos estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público (art. 19, I).

Assim, embora o poder público não possa criar religião, fazer propaganda religiosa, concorrer com dinheiro para as Igrejas, nem ser dependente ou aliado de determinada organização religiosa, a Constituição permite a colaboração de interesse público.

Importa sublinhar que a colaboração deve ser excepcional, isto é, a possibilidade de o Estado apoiar configura exceção à regra que veda a subvenção. Ademais, a forma como se dará a colaboração deve ser definida por lei, ou seja, sem lei não pode haver cooperação.

Ao contrário da Constituição anterior, que exigia lei federal para disciplinar a colaboração com as entidades religiosas, a Constituição de 1988 menciona apenas lei. Assim, entendemos que a lei pode ser de qualquer entidade federativa, que queira colaborar com as atividades religiosas de interesse público. Este é o entendimento de José Afonso da Silva, com o qual concordamos: “*A lei não precisa ser federal, mas da*

entidade que deve colaborar. Se existe lei municipal, por exemplo, que prevê cessão de terreno para entidades educacionais assistenciais e hospitalares, tal cessão pode ser dada em favor de entidades confessionais de igual natureza” ¹⁷¹. O que se exige para permitir a colaboração é a existência de lei formal, ou seja, ato legislativo elaborado em conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição Federal (art. 59 a 69).

A Constituição de 1988 também não restringe o campo em que pode ocorrer a colaboração com as entidades religiosas. Na Constituição de 1967 havia expressa menção a colaboração, notadamente nos setores educacionais, assistenciais e hospitalares. Desta forma, houve ampliação da possibilidade de colaboração, uma vez que passa a ser admitido o auxílio do Estado para ações de entidades religiosas em outras áreas do interesse público, como a cultura e a proteção ao meio ambiente.

É certo, porém, que a colaboração não pode se dar no âmbito religioso, isto é, como forma de difusão da crença manifestada pela entidade religiosa que recebe o apoio, em auxílio ao proselitismo religioso. Neste aspecto, concordamos com a posição de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, que ensina:

“Destarte, a União, os Estados e os Municípios podem estipendar e amparar obras mantidas por entidades religiosas que sirvam precipuamente ao interesse comum e na medida em que o atendem. Essa colaboração, entretanto, não pode ocorrer em campo fundamentalmente religioso, como o da catequese, por mais alto que seja o valor dessa pregação para a elevação da moral e dos costumes do povo. De fato, aí a colaboração seria propriamente o amparo de religião e feriria profundamente a separação prescrita” ¹⁷².

Ademais, a colaboração deve se dar de forma indistinta ao credo religioso professado pela entidade que mantém algo de interesse público. Como o Estado é laico, vigora o princípio da igualdade das religiões, vedado o favorecimento ainda que para com as religiões com maior número de fiéis. Assim, se for colaborar, o Estado deve colaborar com todas as religiões, o que é de fato muito difícil ¹⁷³, bem como não é a

¹⁷¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Op. Cit. p. 254.

¹⁷² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira: Emenda Constitucional nº. 1, de 17 de outubro de 1969 (volume 1 – arts. 1º ao 45)*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 103.

¹⁷³ Notando que a colaboração deverá respeitar o princípio da igualdade de todas as igrejas, Celso Ribeiro Bastos também reconhece que esta forma de colaboração será sempre muito difícil (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. Op. Cit. p. 302).

forma que usualmente se emprega no Brasil, que ainda privilegia as religiões majoritárias, principalmente no que diz respeito à colaboração ¹⁷⁴.

Em termos práticos a questão da vedação à aliança entre Estado e Igreja, ressalvada a colaboração de interesse público, se apresentou com a celebração de Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008, e promulgado pelo Decreto nº. 7.107, de 11 de fevereiro de 2010.

Desde o princípio das negociações entre o governo brasileiro e a Santa Sé, o acordo foi objeto de diversas críticas e questionamentos quanto à sua constitucionalidade, especialmente por se entender violado o princípio do Estado laico ¹⁷⁵.

O mais contundente argumento no sentido da inconstitucionalidade é justamente na aparente violação ao princípio da igualdade de todas as religiões. A professora e pesquisadora ROSELI FISCHMANN, autora de diversos trabalhos sobre a laicidade questiona o seguinte:

“É amplamente sabido que a única religião ou, mais apropriadamente, denominação cristã que conta com personalidade jurídica de direito internacional (ainda que anômala, segundo Rezek, 2008), é a Igreja Católica, apresentando-se como Santa Sé e tendo a cidade do Vaticano como sede. Ou seja, se fosse constitucional um acordo com a Santa Sé, estaria definitivamente instalada a quebra de isonomia entre as religiões no Brasil, porque nenhuma outra poderia receber igual privilégio” ¹⁷⁶.

¹⁷⁴ Neste sentido, é a posição de George Marmelstein, que afirma: “O que se observa aqui no Brasil, é um misto de indiferença estatal em relação às religiões menos numerosas e certa cumplicidade e colaboração mútua em relação aos grupos religiosos mais influentes” (MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 110).

¹⁷⁵ Neste sentido, a pesquisadora ROSELI FISCHMANN, antes mesmo da promulgação do acordo pelo Decreto nº. 7.107/2010, publicou artigo alegando a inconstitucionalidade do acordo e citando diversos outros estudos e manifestações no mesmo sentido (FISCHMANN, Roseli. A proposta de concordata com a Santa Sé e o debate na Câmara Federal. In: *Educação e Sociedade*. Campinas, vol. 30, n. 107, p. 563-583., maio/ago.2009).

¹⁷⁶ FISCHMANN, Roseli. *A proposta de concordata com a Santa Sé e o debate na Câmara Federal*. Op. Cit. P. 574.

A celebração de qualquer concordata ¹⁷⁷ com a Santa Sé, desta forma, implicaria em inconstitucionalidade por violação à separação entre a Igreja e o Estado, na medida em que estaria sendo conferido tratamento especial à Igreja Católica e seus membros, inaplicável às demais religiões e aos não católicos ¹⁷⁸, criando distinção entre brasileiros, o que é vedado pelo mesmo artigo 19, aqui comentado, em seu inciso III ¹⁷⁹.

¹⁷⁷ Entende-se por concordata o tratado bilateral sobre assuntos religiosos ou sobre a disciplina eclesiástica da Igreja Católica, firmado entre a Santa Sé e qualquer Estado (Cf. REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 40).

¹⁷⁸ Este é o entendimento de VALERIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, que ensina:

“O termo ‘concordata’ só deve utilizado quando o tratado versar sobre as relações entre a Igreja Católica e o Estado-parte (em verdade, sobre o estatuto completo da Igreja em determinado Estado). Outros acordos internacionais, sobre assuntos diferentes, terão a denominação normalmente empregada em Direito Internacional Público (tratado, convenção, acordo, pacto, etc.). Mas não se descarta a existência de acordos mais particularizados com a Santa Sé, que recebam essa nomenclatura comum: tratado, convenção, acordo, etc. Têm-se como exemplos os instrumentos que versam questões fiscais, ou ainda os relativos à assistência espiritual aos militares.

*Desde o Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890, a celebração das concordatas no Brasil, deve ser considerada inconstitucional, ante a separação entre a Igreja e o Estado. Por dispensarem aos cidadãos católicos um tratamento especial e mais vantajoso em relação aos demais membros da sociedade (não católicos), violam as concordatas os princípios constitucionais da liberdade de consciência e crença. É certo, porém, que o instrumento celebrado com a Santa Sé deve ser detidamente analisado, para ver se trata ou não de uma concordata propriamente dita, já que a nomenclatura que se atribui a um tratado não importa ao Direito Internacional Público (tal como estabelece o art. 2º, §1º, alínea ‘a’, da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 448).*

Em sentido contrário, GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO professam o seguinte entendimento:

“A laicidade do Estado não significa, por certo, inimizade com a fé. Não impede a colaboração com confissões religiosas, para o interesse público (CF, art. 19, I). A sistemática constitucional acolhe, mesmo, expressamente, medidas de ação conjunta dos Poderes Públicos com denominações religiosas e reconhece como oficiais certos atos praticados no âmbito de cultos religiosos, como é o caso da extensão de efeitos civis ao casamento religioso.

Nesse sentido, não há embaraço – ao contrário, parecem bem vindas, como ocorre em tantos outros países - a iniciativa como a celebração de concordata com a Santa Sé, para fixação de termos de relacionamento entre tal pessoa de direito internacional e o país, tendo em vista a missão religiosa da Igreja de propiciar o bem integral do indivíduo, coincidente com o objetivo da República de ‘promover o bem de todos’ (art. 3º, IV, da CF). Seria erro grosseiro confundir acordos dessa ordem, em que se garantem meios eficazes para o desempenho da missão religiosa da Igreja, com a aliança vedada pelo art. 19, I, da Constituição. A aliança que o constituinte repudia é aquela que inviabiliza a própria liberdade de crença, assegurada no art. 5º, VI, da Carta, por impedir que outras confissões religiosas atuem livremente no País”.

(MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 318).

Nota-se, que a divergência doutrinária se cinge à possibilidade de celebração de concordata, isto é acordo sobre assunto eminentemente religioso ou sobre aspectos da Igreja Católica, demais vínculos diplomáticos entre a Santa Sé ou o Estado do Vaticano e o Brasil não encontram qualquer obstáculo, pois tratam-se de relações entre dois Estados soberanos, que seguem as regras do direito internacional, não implicando em subordinação de nenhuma das partes. Além dos dois autores acima citados, acompanham o mesmo entendimento JOSÉ AFONSO DA SILVA (Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 254) e Celso Ribeiro Bastos (Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. Op. Cit. p. 301), entre outros doutrinadores.

¹⁷⁹ Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

...

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.

A deliberação sobre o acordo com a Santa Sé, no entanto, foi acompanhada, no Congresso Nacional, de projeto de lei apresentado, ainda em 2009, conhecido como *Lei Geral das Religiões* (PL 5598/2009 na Câmara dos Deputados e PLC nº. 160/2009 no Senado Federal). A proposta procura conferir às demais religiões as mesmas prerrogativas conferidas à Igreja Católica no Acordo com a Santa Sé, contando, inclusive, com dispositivos similares ao do texto promulgado do acordo bilateral. Referido projeto já foi aprovado na Câmara dos Deputados e aguarda votação pelo Plenário do Senado Federal.

Entendemos que se conferido o mesmo tratamento aos demais credos religiosos, ainda que por outra espécie legislativa, diversa do acordo bilateral, o vício de inconstitucionalidade deixa de existir ¹⁸⁰. Isto porque, a nosso ver, a

¹⁸⁰ Em sentido semelhante é o entendimento de JAYME WEINGARTNER NETO:

Em que pese alguma polêmica recente, notadamente em meios de comunicação, o regime concordatário acordado não padece de qualquer vício de constitucionalidade. Pelo contrário, densifica uma série de posições jurídicas que já resultavam interpretação sistemática da Constituição Federal, tendo o mérito de explicitá-las e de forma compatível com o princípio fundamental do Estado laico, de não identificação com separação, que não se coaduna com hostilidade ou oposição ao fenômeno religioso – já se disse que a Constituição atenta, separada e não confessional, também é cooperativa, solidária e tolerante em relação às instituições religiosas. O Acordo, pois, consubstancia os princípios da cooperação e da solidariedade. Ademais, o Estado cumpre funções, no que toca aos deveres de proteção, de criar condições para que as confissões religiosas desempenhem suas missões (dever de aperfeiçoamento). Protege-se, por fim, como garantias institucionais, a liberdade religiosa coletiva, isto é, as igrejas como instituição.

A principal crítica que poderia ser levantada seria de eventual privilégio da Igreja Católica, em relação às demais instituições religiosas. Neste ponto, todavia, em vez de leitura restritiva, do catálogo de direitos fundamentais, melhor postura mais generosa, dando guarida ao princípio da ‘igualdade’ (também garantia institucional nesta sede), e a garantia institucional da ‘diversidade’ e do ‘pluralismo religioso’, que jogam a favor da maior abertura e pluralismo do espaço público. O princípio da igualdade, então, antes que obstáculo intransponível, pode-se concretizar ‘sem lei, contra lei e em vez da lei’ (Canotilho), pelo que, constatado o desigual peso político das diferentes confissões religiosas, razoável entender-se o patamar de tutela mais favorável obtido pela Igreja Católica automaticamente às minorias. Seja como for, logo após votar o texto do Acordo, a Câmara dos Deputados aprovou projeto de lei batizado de ‘lei geral das religiões’ – que segue o mesmo lastro do acordo -, harmonizando ‘tanto a laicidade do Estado brasileiro quanto o princípio da igualdade’, pelo qual ‘todas as confissões de fé, independente da quantidade de membros ou seguidores, ou do poderio econômico e patrimonial’, devem ser iguais perante a lei, que, além de beneficiar à Igreja Romana, também ‘dará as mesmas oportunidades às demais religiões, seja de matriz africana, islâmica, protestante, evangélica, budista, hinduísta, entre tantas outras’. De fato, utilizando a expressão ampla ‘instituições religiosas’ (também denominações religiosas, organizações religiosas e credos religiosos), ao longo de 19 artigos, o projeto de lei, com pequenas variações, assegura a todas as instituições religiosas, sem qualquer discriminação, o regime jurídico alcançado à Igreja Católica”. (WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentário ao artigo 19, I. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 709 e 710).

Em sentido contrário, JOANA ZYLBERSZTAJN, sustenta que o projeto de lei não é capaz de equiparar o tratamento conferido à Igreja Católica com a concordata, em suas palavras:

“O PL esforça-se para equiparar o tratamento jurídico das diversas confissões àquele dado à Igreja Católica pela concordata. No entanto, além de não atingir o mesmo nível de tratamento, seus termos não melhoravam os contornos de relação entre o Estado e a religião – previa, por exemplo, a possibilidade

inconstitucionalidade não é quanto ao artigo 19, I, uma vez que há interesse público (dos católicos e dos não católicos, que podem manter relações jurídicas não religiosas com a Igreja) em se definir o regime jurídico, hipótese em que a colaboração é permitida. Há inconstitucionalidade, que persiste enquanto não for editada lei formal aplicável a todas religiões, por violação ao princípio do tratamento igual às instituições religiosas, que deriva do artigo 19, III, da Constituição, pois recebeu a Igreja Católica cuidado distintivo, favorecendo seus membros. Deste modo, se aprovada a chamada *Lei Geral das Religiões*, pelo menos quanto a este aspecto ¹⁸¹, não haverá mais que se falar em inconstitucionalidade do Acordo com a Santa Sé, que, por ora, existe.

Por fim, cumpre mencionar que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu forma específica de colaboração com entidades confessionais. Trata-se da hipótese prevista no artigo 213 ¹⁸², que permite a destinação de recursos públicos às escolas confessionais. Por outro lado, as escolas confessionais devem comprovar finalidade não-lucrativa e aplicar seus excedentes financeiros em educação, bem como assegurar a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

Portanto, a colaboração com as escolas confessionais, que recebeu tratamento específico do constituinte, sequer precisa de lei infraconstitucional, pois os requisitos já estão previstos no próprio texto constitucional.

de convênios para cumprimento da lei e assistência religiosa nas Forças Armadas nos mesmos moldes do Ordinariado Militar.

Não se pode concluir, portanto, que o PL atingisse nenhum dos dois objetivos que se espera de uma eventual lei de religiões: tratamento equiparado entre as confissões e definição de contornos que fortaleçam a laicidade estatal”.

(ZYLBERSZTAJN, Joana. *A laicidade do Estado Brasileiro*. Brasília: Verbena Editora, 2016, p. 205)

¹⁸¹ Neste caso, apesar de não haver inconstitucionalidade total no Acordo, registra-se que alguns de seus artigos podem afrontar a Carta Magna. É o caso do artigo 11, §1º, do Acordo, que é inconstitucional, como será demonstrado a seguir.

¹⁸² Art. 213. Os recursos públicos serão destinados às escolas públicas, podendo ser dirigidos a escolas comunitárias, confessionais ou filantrópicas, definidas em lei, que:

I - comprovem finalidade não-lucrativa e apliquem seus excedentes financeiros em educação;

II - assegurem a destinação de seu patrimônio a outra escola comunitária, filantrópica ou confessional, ou ao Poder Público, no caso de encerramento de suas atividades.

§ 1º Os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrarem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade.

§ 2º As atividades de pesquisa, de extensão e de estímulo e fomento à inovação realizadas por universidades e/ou por instituições de educação profissional e tecnológica poderão receber apoio financeiro do Poder Público.

Assim sendo, com a possibilidade de o Estado contribuir com as instituições religiosas, está demonstrado que, ainda que afastado do modelo confessional, pois não há escolha expressa a um único credo religioso, o Brasil também se afasta do laicismo, pois reconhece o papel fundamental da religião na educação e assistência social, digno de colaboração.

3.2.2 O estado laico e o ensino religioso nas escolas públicas

Outra restrição ao princípio do Estado laico é a previsão do ensino religioso de caráter facultativo nas escolas públicas.

Assim como a colaboração com a religião, o ensino religioso facultativo não é novidade em nosso ordenamento jurídico.

É fato que no período imperial o estado era confessional, adotando-se a Religião Católica como religião oficial, como examinamos anteriormente. Assim, o ensino da doutrina da religião oficial do Estado fazia parte do currículo escolar. A Lei de 15 de outubro de 1827, responsável pela criação das escolas no Brasil, definia, também, o conteúdo do ensino, dentre cujos tópicos se inseriam os princípios de moral cristã e a doutrina da religião católica e apostólica romana (artigo 6º da Lei de 15 de outubro de 1827¹⁸³).

Por outro lado, com a separação do Estado da Igreja, após a proclamação da República, a Constituição Republicana de 1891 definiu que o ensino nas escolas públicas seria leigo (artigo 72, §6º, da Constituição de 1891). No mesmo sentido, o Decreto nº. 981, de 8 de novembro de 1890, que promoveu a reforma educacional de autoria de Benjamim Constant Botelho de Magalhães, já excluía o ensino religioso do currículo escolar. Assim, o ensino religioso nas escolas públicas era vedado neste período.

¹⁸³ Art. 6º Os professores ensinarão a ler, escrever, as quatro operações de aritmética, prática de quebrados, decimais e proporções, as noções mais gerais de geometria prática, a gramática de língua nacional, e os princípios de moral cristã e da doutrina da religião católica e apostólica romana, proporcionados à compreensão dos meninos; preferindo para as leituras a Constituição do Império e a História do Brasil.

A vedação ao ensino religioso, no entanto, não agradou todos os setores da sociedade brasileira. Então, na proposta de reforma da constituição, que culminou na Revisão Constitucional de 1926, foi inserida a instituição do ensino religioso de caráter facultativo nas escolas públicas. Tal proposta de emenda, acerca do ensino religioso, no entanto, apesar de ter obtido a maioria dos votos, não alcançou o *quórum* de dois terços, necessário para alteração da Constituição, nos termos do artigo 90 da Primeira Constituição Republicana. Desta forma, permaneceu vedado, sendo admitido apenas o ensino leigo.

Em contrapartida, a expressiva votação a favor do ensino religioso demonstrou que a vedação constitucional estava com os dias contados. Além disso, em alguns Estados, a despeito da proibição da Constituição, a disciplina era ministrada nas escolas públicas na modalidade facultativa ¹⁸⁴.

Com a tomada do poder por Getúlio Vargas em 1930, dando fim à República fundada na Constituição de 1891, a instituição do ensino religioso ganhava a oportunidade ideal, pois superado o obstáculo constitucional.

Sob a vigência do Decreto nº. 19.398/1930, que regulava as atribuições do governo provisório que se instaurou após a Revolução de 1930 e no curto prazo de seis meses, Getúlio Vargas editou o Decreto nº. 19.941, de 30 de abril de 1931, facultando, nos estabelecimentos de instrução primária, secundária e normal, o ensino da religião ¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Cf. CUNHA, Luiz Antônio. *A Educação Brasileira na Primeira Onda Laica: do Império à República*. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 2017, p. 507.

¹⁸⁵ Nos termos do Decreto nº. 19.941/1931, para instituição do ensino religioso seria necessário um grupo de vinte alunos interessados em recebe-lo (art. 3º), porém, uma vez instituído a dispensa só ocorreria aos alunos, cujos pais ou tutores a requeressem (art. 2º). O Decreto definia que a organização dos programas do ensino religioso, a escolha dos livros e a designação dos professores ficavam a cargo das instituições religiosas (arts. 4º e 6º), incumbindo ao Estado a inspeção e vigilância do ensino religioso, podendo, por simples aviso do Ministério da Educação e Saúde Pública, suspendê-lo quando assim o exigissem os interesses da ordem pública e a disciplina escolar (arts. 5º e 11). O decreto trazia, ainda, limites à liberdade de cátedra dos professores de outras disciplinas, proibindo-lhes de impugnar os ensinamentos religiosos ou, de qualquer outro modo, ofender os direitos de consciência dos alunos (art. 9).

Com a promulgação da Constituição de 1934, o ensino religioso de matrícula facultativa nas escolas públicas alcançou sede constitucional, não deixando mais de constar dos textos constitucionais subsequentes, com pequenas alterações ¹⁸⁶.

A Constituição Federal de 1988 não foi diferente ¹⁸⁷, prevendo o ensino religioso, de matrícula facultativa, nos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (artigo 210, §1º, da Constituição Federal).

Nota-se que a Constituição Federal estabelece três comandos básicos para o ensino religioso nas escolas públicas.

O primeiro deles é que o ensino religioso deve ser facultativo, assim, em hipótese alguma se pode tornar obrigatório o estudo ou a leitura de textos religiosos ¹⁸⁸. Por outro lado, é dever do Estado disponibilizar o ensino religioso. A faculdade é

¹⁸⁶ Destaca-se, como distinção entre os textos constitucionais, a Constituição de 1937, na qual o ensino religioso, além de matrícula facultativa, era também de oferta facultativa, trazendo o texto constitucional norma permissiva quanto à sua instituição, ao contrário das demais constituições posteriores à 1891, em que o comando é imperativo.

¹⁸⁷ A previsão do ensino religioso, no entanto, quase ficou afastada do texto constitucional, mas acabou inserida na atual Constituição após acordo político, como ensina LUIZ ANTÔNIO CUNHA:

“Durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, um movimento pela educação pública laica, sem precedentes no país, foi organizado por sindicatos, entidades estudantis e instituições culturais, que lideraram uma rápida campanha em prol de uma emenda popular à Constituição em elaboração. Esse movimento defendeu uma educação pública gratuita, laica, democrática e de qualidade para todos. Em apenas três meses foram coletadas 280 mil assinaturas em apoio a essa emenda. Em contraposição, o aparato da Igreja Católica foi todo mobilizado em proveito de outras emendas, algumas progressistas, como a reforma agrária, outras regressivas, como a condenação de qualquer forma de aborto, até mesmo das que a legislação admitia. O oferecimento do Ensino Religioso nas escolas públicas foi anexado a diferentes emendas, de modo que esse tema foi puxado por distintas correntes ideológicas, tanto progressistas quanto regressivas. A tática foi eficaz: 800 mil pessoas apoiaram, consciente ou inconscientemente, pela esquerda ou pela direita, o oferecimento daquela disciplina nas escolas públicas.

Deputados evangélicos, que até aquele momento defendiam o fim do Ensino Religioso nas escolas públicas, foram cooptados e apoiaram essa como outras plataformas regressivas, em troca de benefícios materiais (mas de grande efeito político) como concessões de emissoras de rádio e TV, além de apoio a suas próprias emendas de interesse corporativo. O efeito foi a manutenção na Constituição de 1988 do Ensino Religioso nas escolas públicas como disciplina a ser oferecida de forma facultativa para os alunos do Ensino Fundamental.

(CUNHA, Luiz Antônio. *A Educação Brasileira na Primeira Onda Laica: do Império à República*. Op. Cit., p. 509).

¹⁸⁸ Em alguns municípios foram aprovadas leis instituindo a leitura obrigatória da bíblia. É o caso do Município de Içara, no Estado de Santa Catarina, que editou a Lei Municipal 2.965/2011 com os seguintes comandos: *“Ficam as escolas da rede pública municipal de ensino, obrigadas a efetuar com seus alunos, a leitura diária, de pelo menos um versículo bíblico”*; *“O disposto no artigo anterior, dar-se-á no início das atividades de cada período escolar (manhã, tarde e noite), cabendo ao professor(a) de cada disciplina inicial do período, o cumprimento desta lei”*. A referida norma é claramente inconstitucional, como reconheceu o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2013.075796-5

apenas para os alunos, frequentarem ou não a matéria, mas o Estado é obrigado a disponibilizar. A facultatividade do ensino resulta, ainda em outras três consequências. A matrícula não deve ser automática, incumbe ao aluno ou seus responsáveis decidir pela matéria, não sendo admissível que para não cursar a disciplina seja necessário o seu descredenciamento. A facultatividade importa, ainda, na possibilidade da criança ou adolescente deixar de frequentar a qualquer tempo a matéria, não estando sujeita à aprovação ou reprovação por métodos avaliativos como prova ou trabalho, bem como lista de frequência ¹⁸⁹. Por fim, sendo facultativo o ensino religioso, e deste modo, opção ao aluno, não pode ser a única possibilidade de ensino no horário, devendo a escola apresentar alternativas disciplinares, como outras matérias facultativas, às crianças e adolescentes que não optarem pelo ensino religioso ¹⁹⁰.

Outro comando estatui que o ensino religioso deve ocorrer nos horários normais das escolas públicas. Se faz parte do horário normal das escolas públicas, fica reforçada a tese aqui defendida de que o Estado tem o dever de disponibilizar ao aluno o ensino religioso. Reforça-se, também, o entendimento de que ao lado do ensino religioso deve ser disponibilizado ensino facultativo de outras disciplinas, permitindo a opção do aluno e não deixando hora vaga na grade curricular daqueles não interessados no tema da religião.

Por fim, dispõe a Constituição que o ensino religioso faz parte do ensino fundamental. Logo, o comando constitucional estabelece o exato período da educação básica em que pode ser disponibilizado aos alunos o ensino religioso, qual seja, o ensino fundamental, não podendo ser apresentado como opção aos alunos da educação infantil

¹⁸⁹ Neste sentido é o entendimento de JOSÉ AFONSO DA SILVA (Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. Op. Cit. p. 255) e CELSO RIBEIRO BASTOS (Cf. BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 8º v., arts. 193 a 232. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 603).

Interessante notar que o termo “disciplina” inserido na Constituição não pode ser interpretado no sentido de ordem ou observância a regramentos, mas apenas para designar matéria escolar. Assim, além de não condicionar a aprovação ou reprovação do discente, neste sentido, o termo disciplina impede o ensino transversal, ou seja, por agrupamento com os demais conteúdos ensinados em sala de aula. É matéria separada e facultativa sem qualquer conexão com as matérias obrigatórias.

¹⁹⁰ Neste sentido, o Professor VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA se manifestou em audiência pública convocada pelo Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO para julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4439. Integra da manifestação disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=GEepUJ3RPg&t=618s>. acesso em 23 de outubro de 2018.

Em igual sentido, na mesma audiência pública, sustentou LUIZ ANTÔNIO CUNHA. Integra da manifestação disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=hLoKUQnyMFC>. acesso em 23 de outubro de 2018.

ou do ensino médio. Ademais, conquanto o ensino fundamental compreenda nove anos da educação básica, não se pode admitir que o ensino religioso seja facultado aos alunos dos cinco primeiros anos, pois nesta etapa curricular o ensino não é dividido em disciplinas¹⁹¹.

O ensino religioso faz parte dos horários normais da escola pública e será ministrado no ensino fundamental, mas será que compõe o conteúdo mínimo de ensino lecionado aos alunos do referido período? Ou pode ser considerado parte integrante da formação básica do cidadão? Entendemos que as duas perguntas devem ser respondidas negativamente. A primeira delas, em que pese divergência doutrinária sobre a inclusão do ensino religioso no conteúdo mínimo do ensino fundamental¹⁹², parece que o disposto no artigo 210, §1º, da Constituição deve ser entendido como conteúdo que necessariamente deve ser incluído entre as matérias facultativas do ensino fundamental, porém, tendo em vista a sua facultatividade, não pode integrar a carga horária mínima anual do ensino fundamental, hoje de oitocentas horas, que deve ser preenchida pelas matérias obrigatórias. Além disso, não pode, sob pena de violação ao princípio constitucional da isonomia e, mais uma vez, à facultatividade do ensino religioso, considera-lo como parte integrante da formação básica do cidadão, pois implicaria em ou tornar a opção necessária para que formação seja completa, ou criar duas categorias de alunos aqueles com total cidadania, pois cursaram o ensino religioso, e os com cidadania deficitária.

¹⁹¹ Idem

¹⁹² CELSO RIBEIRO BASTOS ensina: “As escolas públicas são financiadas pelo próprio Estado, que, em consonância com a Lei Maior, encontra-se separado da Igreja. O ensino religioso ministrado nas escolas públicas, portanto, está submetido ao regime jurídico característico desses estabelecimentos. O ensino religioso não integra o currículo mínimo do ensino fundamental estabelecido no ‘caput’ do art. 210, já por nós comentado. É apenas uma disciplina de matrícula facultativa do ensino fundamental, que consta dos horários normais da escola pública”. (BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. Op. Cit. p. 602).

Em sentido contrário, JAYME WEINGARTNER NETO leciona: “Com base no que se afirma que ensino religioso não integra o currículo? Ou que, uma vez matriculado, não precisa o aluno ser avaliado? Mas, pergunta-se, onde ficam, justamente, os princípios da educação pública, inclusive o senso de responsabilidade e de dever? Isso que a interpretação sistemática, a partir do ‘caput’ do art. 210, levava, desde o início, a apostar que o ensino religioso faz parte do conteúdo mínimo que assegura a formação básica do ensino fundamental, com a peculiaridade esculpida no §1º do mesmo artigo, da matrícula facultativa (de resto, opção legislativa)”. (WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 259).

Pelas razões apresentadas no texto, nos aproximamos mais do entendimento de CELSO RIBEIRO BASTOS.

A Constituição Federal, no entanto, não estabelece o teor do ensino religioso, ou seja, o conteúdo programático da disciplina. Assim, coube ao legislador infraconstitucional definir, porém dentro dos parâmetros e princípios da Constituição, sob pena de tornar o ensino inconstitucional.

O ensino religioso nas escolas públicas foi, então, regulado pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei Federal nº. 9.394/96).

A princípio a Lei infraconstitucional definiu que o ensino religioso não teria ônus para os cofres públicos e seria ministrado de acordo com as preferências manifestadas pelos alunos ou seus responsáveis nas modalidades: confessional ou interconfessional ¹⁹³.

Com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, parecia claro que o ensino religioso não poderia ser custeado pelo Poder Público e, assim, caberia às instituições religiosas o seu financiamento, bem como o ensino seria o de determinada religião (ensino confessional), de acordo com a preferência de cada aluno, ou de consensos definidos por duas ou mais religiões (ensino interconfessional).

A previsão legislativa de ensino sem ônus para o poder público e nas modalidades interconfessional ou confessional, no entanto, pouco permaneceu em vigor, sendo a Lei Federal nº. 9.394/96 alterada sete meses após sua publicação, pela Lei Federal nº. 9.475/97, dando a seguinte redação ao artigo 33, que trata do ensino religioso:

Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.

¹⁹³ A redação original do artigo 33 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional era a seguinte:

Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, sendo oferecido, sem ônus para os cofres públicos, de acordo com as preferências manifestadas pelos alunos ou por seus responsáveis, em caráter:

I - confessional, de acordo com a opção religiosa do aluno ou do seu responsável, ministrado por professores ou orientadores religiosos preparados e credenciados pelas respectivas igrejas ou entidades religiosas; ou

II - interconfessional, resultante de acordo entre as diversas entidades religiosas, que se responsabilizarão pela elaboração do respectivo programa.

§ 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores.

§ 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso.

A nova redação legislativa retirou a proibição ao ônus aos cofres públicos e, por outro lado, vedou qualquer forma de proselitismo. Consequentemente, por conclusão lógica, entende-se que o ensino religioso há de ser ministrado pelo Estado, sem que inclua em seu conteúdo a doutrina religiosa, pois implicaria em proselitismo (ensino não confessional). Além disso, a Lei dispôs que o ensino religioso é parte integrante da formação básica do cidadão, no que, como já explicamos acima, violou a Constituição Federal de 1988. Todavia, ao assim dispor, a lei ampliou a exigibilidade do ensino religioso diante do Estado, que é obrigado a prestá-lo independentemente da posição das organizações religiosas ¹⁹⁴.

Em tom diverso da reforma legislativa promovida pela Lei Federal nº. 9.475/97, a concordata com o Vaticano, promulgada pelo Decreto nº. 7.107, de 11 de fevereiro de 2010, já mencionada no tópico anterior, assegura que o ensino será o da religião (ensino confessional), católica ou de outras confissões (artigo 11, §1º, do Acordo).

Embora o teor do artigo 33 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, com a atual redação, a nosso ver, não deixe dúvidas de que o ensino religioso deve ser não

¹⁹⁴ Neste sentido, SALOMÃO BARROS XIMENES ensina, sugerindo, inclusive a reforma constitucional para exclusão do ensino religioso nas escolas públicas:

“Podemos perceber a magnitude da reforma promovida pela Lei n. 9.475/1997 em relação a postura estatal frente ao tema do ensino religioso nas escolas públicas: de um direito de liberdade, vinculado especificamente à liberdade de crença e culto, a ser exercido inclusive no espaço da escola pública, sem ônus para o Estado, de quem se cobrava tão-somente um a postura negativa de não intervenção e de proteção contra ameaças a seu exercício; passamos a um direito de prestações positivas do Estado, que deverá organizar-se no sentido de prover administrativamente e financeiramente sua rede de ensino das condições objetivas de oferta do ensino religioso, independentemente de requerimento das próprias organizações confessionais.

Com isso, passa o ensino religioso a ser defendido como parte do direito à educação, assim como, por exemplo, o ensino de língua portuguesa e matemática. A única diferença, no caso, reside na esfera de liberdade do estudante de não frequentá-lo, não mais na postura estatal quanto à sua oferta.

A nosso ver essa não é a melhor solução para a questão, pois o ensino religioso deve sim ser visto como um direito, exercido, no entanto, na esfera privada, sendo proposto, organizado e custeado pelas organizações religiosas interessadas. Nesse sentido, precisamos avançar rumo a uma reforma constitucional”.

(XIMENES, Salomão Barros. O ensino religioso nas escolas públicas brasileiras: do direito à liberdade de crença e culto ao direito à prestação estatal positiva. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (coord.); RIGHETTI, Sabine (org.). *Direito à Educação: aspectos constitucionais*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009, pp. 106 e 107)

confessional, tendo em vista a possibilidade de interpretação diversa, bem como o sentido contrário que anuncia o Acordo com o Vaticano, a Procuradoria-Geral da República ingressou com a ação direta de inconstitucionalidade, visando que seja dada interpretação conforme à constituição aos dois dispositivos acima comentados, no sentido de que a única forma de ensino religioso admitida seja a não confessional.

Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 4439, distribuída para relatoria do Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO, que será aprofundada no tópico 4.1 deste trabalho.

Nesta ação, o Ministro Relator convocou audiência pública, realizada em 2015, na qual representantes de diversas entidades religiosas, pesquisadores e estudiosos do tema tiveram a oportunidade de apresentar suas posições.

Das apresentações na audiência pública, interessa destacar dois aspectos. Primeiro: a maioria dos integrantes de confissões religiosas não está interessada em ministrar aulas de religião nas escolas públicas, sendo que para alguns, em prol da laicidade, a previsão constitucional do ensino religioso deveria ser ignorada. Segundo: a maior parte dos manifestantes, religiosos ou não, entendem que a única modalidade compatível com a laicidade é a não confessional.

Parece claro que a laicidade estará mais resguardada com a extinção de qualquer forma de ensino religioso das escolas públicas. Iniciativas para a reforma são convenientes, posto que a retirada da disciplina religião das escolas públicas, inclusive na modalidade facultativa, deixaria total empenho do Estado na educação básica, que ainda é deficitária no Brasil. Não se ignora a importância do fenômeno religioso e o significado da fé para muitas pessoas, que se realizam por meio de experiências religiosas e encontram sentidos e valores na religião. Porém, o ensino da religião, para que haja de fato separação com o Estado, deve ficar a cargo das igrejas ou, até mesmo, das escolas confessionais, que, inclusive, podem receber recursos públicos nos termos do artigo 213 da Constituição ¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Vide nota 180

Não pode o Estado, por si, atuar diretamente na educação religiosas. Por este motivo entendemos que, enquanto não houver a oportuna reforma constitucional, o ensino religioso não poderia acarretar despesa ao Poder Público. Sem acarretar em gastos ao Estado, só se pode cogitar de ensino religioso confessional ou interconfessional, pois em tais modalidades a educação é prestada pelas próprias instituições religiosas, incumbindo ao Estado apenas a cessão do espaço público da escola e o horário. Além disso, quando a Constituição menciona o ensino religioso, excepciona, neste ponto, o princípio do estado laico, permitindo o contato facultativo, no interior da escola, com experiências religiosas. Recordamos que o ensino religioso há de ser facultativo, com opções para os alunos que não pretendam cursar, bem como o Estado deve convidar integrantes de todas as religiões para oferecerem a disciplina ¹⁹⁶.

¹⁹⁶ Concordamos com o entendimento de ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ em artigo sobre o ensino religioso anterior a alteração na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional promovida pela Lei Federal nº. 9.475/97, mas que, em nosso entendimento era o mais compatível com a Constituição Federal e permanece correto. Nas palavras da autora:

“De um lado, somente como tal, isto é, como ensino de religião, é que se pode entender a expressa ressalva aberta no preceito referido [art. 210, §1º, CF]. Fosse de outra índole ou natureza o ensino ali referido e não haveria necessidade de menção especial no texto constitucional. Com efeito, se não se tratasse de ensino confessional, de religião, não haveria razão para o §1º. Se se tratasse de matéria não afeta a uma religião, se se tratasse de ensino desvinculado de religiões ou confissões religiosas, o preceito não seria necessário. O currículo do ensino fundamental, como se sabe, não vem previsto no texto constitucional. A lei ou os Conselhos de Ensino fixam-no.

Por outro lado, sempre que a Constituição utiliza o qualificativo ‘religioso’ ou ‘religiosa’ o faz no sentido significativo de ‘relacionado à religião’. Observe-se, por exemplo, a referência constitucional ao casamento religioso. Claro que há de se entender, nesse caso, casamento realizado por uma religião, vale dizer, uma entidade ou organização religiosa. Veja-se, ainda, a referência à ‘assistência religiosa’ (art. 5º, VII); à crença ‘religiosa’ (art. 5º, VIII e art. 143, §1º); aos cultos ‘religiosos’ (art. 5º, VI).

Pode-se discutir sobre a oportunidade ou conveniência de se introduzir o ensino religioso nas escolas públicas. Todavia não se pode questionar tenha a Constituição previsto, exatamente, a ministração de ensino de religião”.

(FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O ensino religioso nas escolas públicas: exegese do §1º do art. 210 da CF de 05.10.1988. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, n. 20, julho-setembro, 1997, p. 39).

No mesmo sentido ensinam GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO: *“Não faz sentido entender ensino religioso como atividade acadêmica destituída de propósito de exposição e demonstração dos fundamentos de alguma crença existente. Não fosse assim, não haveria por que o constituinte se dar ao cuidado de estabelecer que o ensino religioso é ‘de matrícula facultativa’. Ensino religioso não se confunde com sociologia das religiões”.*

(MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Op. Cit. p. 317).

Em sentido contrário DANIEL SARMENTO, na audiência pública convocada na ADI nº. 4439, criticou o posicionamento aqui afirmado, justificando que apenas as religiões com maior poder financeiro conseguiriam ministrar o ensino religioso. Integra da manifestação disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=wqVYSEtA9Fo&list=PLlippyY19Z47szGoKQPqGn7Hp4TnpgkDkR&index=31>. acesso em 23 de outubro de 2018.

Entendemos que a posição sustentada pelo Professor DANIEL SARMENTO é mais uma razão para que a Constituição Federal seja reformada com a exclusão do ensino religioso das escolas públicas. Mas, não é compatível com a atual previsão expressa no art. 210, §1º.

Por fim, não parece lógica a proposta de ensino religioso não confessional, pois sendo religioso é confessional ¹⁹⁷. O ensino da história das religiões e seu papel nas diversas sociedades que ocuparam o mundo já faz parte da educação básica, como matéria obrigatória, sendo lecionado nas aulas de história e geopolítica. De notar que o ensino obrigatório da história e cultura brasileira nas escolas não pode ser exclusivamente o de origem europeia-cristã, mas é obrigação do Estado, tanto no ensino fundamental, quanto no ensino médio, proporcionar o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena ¹⁹⁸.

Desta forma, além do aprendizado obrigatória do papel da religião na história, e não só as crenças que chegaram ao Brasil com os europeus, como o cristianismo e o judaísmo, mas, também, aquelas que são parte da cultura afro-brasileira e indígena, caso tenha interesse, o aluno pode aprender a doutrina de uma religião, a que tiver interesse, para, caso deseje, segui-la.

Por outro lado, ainda que sem atuação positiva dos Poderes Públicos, desde que o ensino seja prestado aos alunos interessados pelas entidades religiosas, o Estado não estaria desincumbido de seu dever de resguardar a proteção de outros direitos fundamentais. Logo, haveria de fiscalizar o ensino religioso e impedir que o mesmo possa resultar em discriminação ou qualquer outra forma de preconceito com os alunos ou entre alunos ¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Interessante a posição da Professora ROSELI FISCHMANN na audiência pública convocada na ADI nº. 4439, criticando o chamado ensino religioso não confessional, entendendo que se trata de recurso semântico que na prática pode se tornar em oxímoro. Integra da manifestação disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4s34N8bT5Yc&list=PLippyY19Z47szGoKQPqGn7Hp4TnpgcDkR&index=3>. acesso em 23 de outubro de 2018.

¹⁹⁸ Neste sentido, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional dispõe em seu artigo 26-A, *in verbis*: Art. 26-A. *Nos estabelecimentos de ensino fundamental e de ensino médio, públicos e privados, torna-se obrigatório o estudo da história e cultura afro-brasileira e indígena.*

§ 1º *O conteúdo programático a que se refere este artigo incluirá diversos aspectos da história e da cultura que caracterizam a formação da população brasileira, a partir desses dois grupos étnicos, tais como o estudo da história da África e dos africanos, a luta dos negros e dos povos indígenas no Brasil, a cultura negra e indígena brasileira e o negro e o índio na formação da sociedade nacional, resgatando as suas contribuições nas áreas social, econômica e política, pertinentes à história do Brasil.*

§ 2º *Os conteúdos referentes à história e cultura afro-brasileira e dos povos indígenas brasileiros serão ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, em especial nas áreas de educação artística e de literatura e história brasileiras.*

¹⁹⁹ Este também é o entendimento de ANNA CANDIDA DA CUNHA FERRAZ, que conclui:

“Levando-se em conta o significado constitucional da liberdade de religião, tal ensino pressupõe, de um lado, o respeito pela liberdade do próprio aluno, e de outro, o respeito à liberdade de religião dos demais alunos. Em outras palavras, tal como assegura a liberdade de ensino religioso, a Constituição proscree qualquer modalidade de ensino que possa ferir, seja por que modo for, idêntica liberdade de

3.2.3 O estado laico e o preâmbulo da Constituição

As Constituições brasileiras, exceto a de 1891 e a de 1937, fizeram, em seu preâmbulo, referências, semelhantes, a Deus, o que pode colocar em dúvida ou restringir a adoção pelo constituinte do princípio da laicidade nos Estados constituídos com as Cartas de 1824, 1934, 1946, 1967 e 1988.

A Constituição Imperial de 1824 não só foi outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, “por graça de Deus”, na forma em que destaca o seu preâmbulo ²⁰⁰, como também, de forma introdutória foi apresentada em nome da Santíssima Trindade. No entanto, como demonstrado nos tópicos anteriores, o Brasil era confessional, adotando expressamente a religião católica, sem qualquer compromisso com a laicidade.

Por outro lado, superado o período da República Velha, em que esteve em vigor a Constituição de 1891, consagrando estado laico sem referência à Deus em seu preâmbulo, e do regime ditatorial que sucedeu a Revolução de 1930, quando o Estado era regido pelo Decreto nº. 19.398/1930, sem Constituição aprovada pelos representantes do povo, a Constituição de 1934, em que pese o reconhecimento da laicidade, foi promulgada pelos representantes do povo brasileiro com a “confiança em

outros alunos. Sob tal aspecto, o Estado pode exercer fiscalização rigorosa, visto que é da essência da doutrina democrática o ter direitos e o exercer direitos até onde não se perturbe direitos de outrem. Em suma, não pode o ensino religioso nas escolas públicas ser fonte de constrangimento ou violação da liberdade de alunos que professem outras religiões ou que não professem religião alguma”.

(FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *O ensino religioso nas escolas públicas: exegeze do §1º do art. 210 da CF de 05.10.1988*. Op. Cit., p. 46).

²⁰⁰ Preâmbulo da Constituição de 1824:

“DOM PEDRO PRIMEIRO, POR GRAÇA DE DEOS, e Unanime Acclamação dos Povos, Imperador Constitucional, e Defensor Perpetuo do Brazil : Fazemos saber a todos os Nossos Subditos, que tendo-Nos requeridos o Povos deste Imperio, juntos em Camaras, que Nós quanto antes jurassemos e fizessemos jurar o Projecto de Constituição, que haviamos offerecido ás suas observações para serem depois presentes á nova Assembléa Constituinte mostrando o grande desejo, que tinham, de que elle se observasse já como Constituição do Imperio, por lhes merecer a mais plena approvação, e delle esperarmos a sua individual, e geral felicidade Politica : Nós Jurámos o sobredito Projecto para o observarmos e fazermos observar, como Constituição, que dora em diante fica sendo deste Imperio a qual é do theor seguinte: CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL. EM NOME DA SANTISSIMA TRINDADE”.

Deus”, inaugurando na história republicana nacional a tradição de fazer referência à Deus em seu preâmbulo ²⁰¹.

Nos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, que promulgou a Constituição de 1934, a colocação de referência a Deus foi amplamente discutida. Entre os opositores do texto aprovado, fruto de emenda proposta pelo constituinte Mario Ramos, destaca-se a posição do constituinte do Partido Democrático de Pernambuco, Tomaz Lobo em discurso na Assembleia Constituinte:

“O Sr. TOMAZ LOBO - Se a própria Constituição que vamos proclamar admite, em seu texto, a existência de ateus, como supor no preâmbulo, que não existam?

Quando se diz, em disposição do texto constitucional, que a todos os nacionais e estrangeiros residentes no Brasil é assegurada a liberdade de professar todas as crenças religiosas, científicas ou filosóficas que entenderem, sem perda de seus direitos políticos, não se pode, no preâmbulo, anular essa disposição.

Daí ter eu afirmado que o preâmbulo representa infração evidente, clara, manifesta do texto constitucional. É uma prévia violação. Vamos violar a Constituição antes de promulgá-la ou violá-la, promulgando-a”.

(...)

“Aqui não se cogita da existência ou inexistência de Deus. Não combato, absolutamente, os que têm crença em Deus, no Deus de sua convicção – o Deus dos cristãos, dos judeus, dos budistas. Mas que Deus tenha. alguma coisa que ver com esses atos do poder temporal, com a obra terrena da organização política e civil do Estado, parece-me absurdo”.

(...)

“Sr. Presidente, continuando na minha ordem de idéias, devo declarar que não creio que esse propósito de clericalização das nossas instituições políticas, revelado em disposições que figuram no Substitutivo da Comissão Constitucional e que culmina com a invocação ao nome de Deus no preâmbulo de nossa Carta Política, mereça o aplauso da maioria da Nação, quer em sua expressão cultural, quer em seu sentimento republicano. E não pode merecê-lo porquê não o aconselha mesmo a moderna sociologia católica, desde que a Santa Sé condenou a ‘Action Française’, traçou as esferas de ação do poder civil e do poder eclesiástico, admitiu a democracia sem nenhuma preferência por qualquer sistema político, relegando, assim, á Indiferença a teocracia e a monarquia absoluta de direito divino, formas de governo só concebíveis na infância das nações; e declarou ser uma calúnia dos adversários da Igreja o atribuir-se-lhe propósito

²⁰¹ Preâmbulo da Constituição de 1934:

“Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL”

de intromissão na vida política e civil dos povos. Não pode merecê-lo também dos católicos verdadeiros, daqueles que de acôrdo com os próprios ensinamentos da Igreja, consideram o catolicismo uma religião proposta ao culto de Deus e á salvação das almas, e não um sistema político, um sistema científico, ou um sistema econômico, e que como religião vê no homem, em primeiro lugar, uma consciência que tem em si o seu valor, a sua dignidade intrínseca e pessoal, independentemente dos meios políticos sociais e econômicos. E assim, a cada século que passa, pergunta-lhe êle, não que regime político ou econômico, não que organização familiar ou que estatuto internacional escolheu, mas sim se as instituições que preferiu não lesam a justiça e o amor.

Êste é o verdadeiro conceito do catolicismo, firmado nos têrmos referidos, pela 'União Internacional de Estudos Sociais' de Malines, fundação do cardial Mercier e sucessora da União de Friburgo, que Leão XIII distinguiu na elaboração da sua encíclica 'Rerum Novarum', como nos dá notícia um autorizado escritor católico que, adotando êsse conceito, declara que em matéria política o cidadão tem primazia sôbre o crente. Nesta mesma ordem de idéias, foi que Leão XIII, na carta que dirigiu aos cardeais franceses, classificou de astuciosa calúnia o atribuírem-se à Igreja propósitos de intromissão na vida civil do Estado, e na encíclica 'Immortale Dei', estabelecendo as esferas de ação do poder eclesiástico e do poder civil, aquele proposto ás cousas divinas e êste encarregado das cousas humanas, declarou que, quanto ás cousas que constituem o domínio político e civil é de regra que sejam submetidas á autoridade civil, pois que Jesus Cristo ordenou que se dêsse a César o que é de Cesar, e a Deus o que é de Deus'.

(...)

"Referindo-se ao programa do Partido Democrático Popular Cristão, que hoje representa o pensamento católico na política francesa, eis como, a respeito, se manifesta o mesmo escritor: 'O programa político dos democratas populares é uma bela síntese moderna e em harmoniosa concordância com a sociologia católica mais atualizada. Essa política religiosa, adianta, os democratas cristãos adotam o que pode concretizar-se nesta fórmula: - Nem clericalismo, nem laicismo. Contra o primeiro apoiam-se em Leso XIII que, além do que firmou em várias encíclicas, classificava na carta aos cardiais franceses, de odiosa imputação e de astuciosa calúnia o atribuírem-se á Igreja propósitos de domínio ou intromissão na vida civil do Estado, e quanto á questão laica os democratas populares fazem distinção entre laicidade e laicismo. Consideram a laicidade um simples acidente histórico que determina da parte do Estado, onde haja diversidade de crenças uma posição imparcial perante ás várias confissões, no interesse da paz pública. Por laicismo entendem o princípio filosófico, condenável, que tende a tornar o Estado antirreligioso e que muitos elevam a princípio do próprio republicanismo.'

Declaro que não sou partidário do laicismo: sou partidário da laicidade. É uma atitude de imparcialidade do Estado, no interesse da paz pública, em face de uma dualidade ou de uma multiplicidade de credos. Só se pode admitir urna atitude parcial do Estado quando há unidade de crença religiosa e ninguém poderá afirmar, por mais temerário que seja, que no Brasil temos unidade de crença.

Agora. chamo a atenção dos nobres Deputados clericalistas desta Casa para o programa do Partido Democrático Cristão que hoje representa, na França, o pensamento católico.

Nós queremos, dizem em seu programa os democratas cristãos, que se mantenha a união nacional entre todos os cidadãos, pelo respeito das forças morais e religiosas. A paz religiosa é indispensável ao bom funcionamento das instituições democráticas e convencidos estamos de que ela pode facilmente alcançar-se desde que a liberdade religiosa seja uma realidade. Quer isto dizer que somos adversários de toda a política sectária e que a consideramos uma violação do direito. se ela pretende apoiar-se sobre pretensas leis intangíveis. Num regime de democracia, precisamente. por ser democrático não há leis intangíveis; há só leis suscetíveis de aperfeiçoamento. Reivindicamos, pois, a liberdade de rever e emendar aquelas que votadas sob a pressão das paixões políticas são contrárias aos direitos dos cidadãos, aos direitos da família ou ao interesse da nação. Nem a legítima e tradicional independência do poder civil, no seu domínio, nem a laicidade do Estado, tal como ela deve ser concebida, isto é, a imparcialidade do poder ante as diferentes confissões religiosas numa nação onde a unidade de crenças não existe, nada disso deve confundir-se com o laicismo que faz da irreligião uma espécie de religião do Estado. O Estado, pelo contrário, deve respeitar as fontes da vida moral e religiosa, onde tantos homens vão colher energias para melhor se dedicarem ao interesse geral.

Este programa, Sr. Presidente, é o que praticamente existe entre nós, desde a instauração do regime republicano que instituiu a laicidade do Estado, a qual se traduz numa posição de imparcialidade perante as várias crenças e convicções filosóficas e científicas. no interesse da paz pública, sem a outorga de quaisquer privilégios ou prerrogativas”.

(...)

“Enunciando esse programa, Srs. Constituintes, tenho em vista unicamente demonstrar que a laicidade do Estado, tal como a estabeleceu a Constituição de 91, não contraria a moderna doutrina da Igreja no sentido liberal que lhe imprimiu Leão XIII e como a entendem escritores católicos e os republicanos católicos franceses.

Pela intromissão da Igreja na vida política e civil do Estado só se podem manifestar hoje aqueles que ainda querem ver na Igreja Católica Romana mais do que uma religião, filiando-se aos princípios da Escola Teocrática e buscando inspirações no ‘Syllabus’ para a conquista de um sistema de prerrogativas só concebível no regime da religião de Estado.

Mas. Srs. Constituintes, a religião oficial é um velho resíduo do paganismo, incompatível com a democracia, e que repousa, como já se disse, sob o falso princípio de que a religião é uma cousa política e que o Estado, senhor absoluto de todas as consciências poderá fazer com que os seus súditos procurem a sua salvação na religião que ele adota. A religião de Estado é, portanto, uma imposição em nome da verdade religiosa. Consideremos, porém, para não aceitá-la com o carácter impositivo, que Jesus mesmo, o fundador da religião de paz, de amor e de misericórdia, foi crucificado pelo judaísmo em nome da verdade religiosa, e que com ela se justificavam, ao seu tempo, os crimes que, através da história, têm sido praticados por todas as teocracias”.

(...)

*“Declaro, finalmente, Sr. Presidente, que sou contrário à emenda que visa estabelecer uma invocação ao nome de Deus no preâmbulo de nossa Carta Constitucional. Essa invocação envolve necessariamente uma confissão de crença, é um ato de fé e de amor a Deus, que se pretende impor a todos os Deputados desta Assembleia, e, assim sendo constitui uma flagrante violação da disposição do art. 112, número 21, do Projeto Constitucional que assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a liberdade de professarem as convicções científicas, filosófica ou religiosas que entenderem, sem privação de qualquer dos seus direitos. Vê-se, pois, que à aprovação da emenda n. 10, se opõe a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença que o próprio texto do Projeto Constitucional consagra”*²⁰².

Apesar dos contundentes argumentos do Deputado de Pernambuco e de outros que o acompanharam, na última fase do projeto²⁰³, a expressão *“pondo a nossa confiança em Deus”* teve aprovação majoritária e foi inserida no preâmbulo da Constituição de 1934.

No Brasil, quando atuou a Constituinte de 1933/34, em que pese o credo católico fosse seguido por mais de noventa e cinco por cento da população²⁰⁴, não havia unicidade de crença, como destacou o constituinte católico acima citado, pois o restante era formado por pessoas adeptas de outras crenças, entre as quais a da não existência de Deus.

Assim, era possível que entre os representantes do povo brasileiro não houvesse unanimidade quanto à confiança em Deus. Majoritariamente, no entanto, era colocada a fé em Deus pelos representantes que promulgavam a Constituição.

Na Constituição de 1967, o Congresso Nacional, que mais aprovou do que elaborou a Carta do regime ditatorial, invocou a proteção de Deus para decretar e promulgar a Constituição, como documentou seu preâmbulo²⁰⁵.

²⁰² *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte*. Organizado pela redacção dos annaes e documentos parlamentares. Volume XVI. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1936, p. 79 a 90, disponível em <https://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/RP_AnaisRepublica.asp>, acesso em 23 de outubro de 2018

²⁰³ Cf. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. I, de 1969 (tomo I. Arts. 1ª – 7º)*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 443

²⁰⁴ Cf. *Novo Mapa das Religiões / Coordenação Marcelo Côrtes Neri*, Rio de Janeiro: FGV, CPS, 2011. Disponível em <https://www.cps.fgv.br/cps/bd/rel3/REN_texto_FGV_CPS_Neri.pdf>, acesso em 23 de outubro de 2018.

²⁰⁵ Preâmbulo da Constituição de 1967:

Já as Assembleias Nacionais Constituintes que resultaram nas Constituições de 1946 e 1988, não precisaram invocar, pois já estavam certas da proteção divina, tendo se reunido “*sob a proteção de Deus*”, como constou no preâmbulo Carta de 1946²⁰⁶, e promulgado a Constituição “*sob a proteção de Deus*”, como declarou o preâmbulo da Lei Magna de 1988²⁰⁷. Assim, o preâmbulo da Carta de 1967 narra postura mais humilde que o de sua antecessora e de sua sucessora, como comentou MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO: “*Invoca a proteção de Deus, tomando atitude mais humilde que a de 1946 quando se deu por certa e garantida a proteção divina. Dizia o preâmbulo de 1946, ‘sob a proteção de Deus’*”²⁰⁸.

Não há dúvida, porém, que permaneceu na atual Constituição, como herança das Cartas anteriores, a inserção deísta surgida na República laica com a Constituição de 1934, que reflete a fé majoritária do povo brasileiro, mas não unânime.

Por outro lado, o preâmbulo da Constituição, no que diz respeito a referência a Deus, não é dotado de força normativa, como decidiu o Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.076. Neste caso paradigmático, a Corte foi questionada sobre a constitucionalidade do preâmbulo da Constituição do Acre, que foi omissivo quanto à proteção de Deus, ou qualquer referência à divindade, sendo proferido julgamento que concluiu que o preâmbulo não é norma central e a invocação da proteção de Deus não consiste em norma de reprodução obrigatória nas constituições estaduais²⁰⁹.

“*O Congresso Nacional, invocando a proteção de Deus, decreta e promulga a seguinte CONSTITUIÇÃO DO BRASIL*”

²⁰⁶ Preâmbulo da Constituição de 1946:

“*Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos, sob a proteção de Deus, em Assembleia Constituinte para organizar um regime democrático, decretamos e promulgamos a seguinte CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL*”

²⁰⁷ Preâmbulo da Constituição de 1988:

“*Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL*”

²⁰⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira: Emenda Constitucional nº. 1, de 17 de outubro de 1969 (volume 1 – arts. 1º ao 45)*. Op. Cit. p. 45.

²⁰⁹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2076, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2002, DJ 08-08-2003 PP-00086 EMENT VOL-02118-01 PP-00218, disponível

Além disso, o preâmbulo retrata o momento da promulgação da Constituição ²¹⁰, em forma de proposição descritiva, narrando as intenções dos membros da Assembleia Nacional Constituinte, não possuindo linguagem normativa, como a que se aúfere do restante da Constituição, em que há comandos. Como retrato do momento que emergiu o Estado Constitucional, o preâmbulo não pode ser modificado, pois não se pode voltar a data da promulgação e alterar elementos, que façam mudar a narrativa, o que enfraquece qualquer discussão sobre a referência a Deus no preâmbulo fora do período em que se reúne a Assembleia Constituinte.

Por outro lado, o preâmbulo possui, sem dúvida, caráter simbólico do Estado brasileiro, que é laico, mas admite símbolos religiosos, inclusive nos documentos públicos, como a Constituição. Vale dizer que o preâmbulo foi aprovado pelo mesmo processo de apreciação do restante da Constituição, sendo obra do poder constituinte originário, manifestado por meio de Assembleia Constituinte.

Outros símbolos religiosos, porém, também são exibidos e mantidos no espaço público, como demonstraremos a seguir, quanto a tais símbolos o debate permanece atual.

3.2.4 O estado laico e os símbolos religiosos nos espaços públicos:

Pode-se cogitar, também, em outras restrições ao princípio constitucional da laicidade, como a exibição ou manutenção de símbolos religiosos nos espaços públicos. Apesar da consagração da separação entre Estado e Igreja no Brasil, em muitos edifícios estatais ainda são expostos símbolos do cristianismo, especialmente cruzes e crucifixos, que se fazem presentes em repartições públicas dos Poderes Judiciários, dos Poderes

em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>>, acesso em 23.10.2018

²¹⁰ Neste sentido, CELSO RIBEIRO BASTOS ensinava:

“O fato de a Constituição posteriormente vir a sofrer emendas não implica a necessidade de alterar o próprio Texto do preâmbulo, que de resto é imodificável. O preâmbulo é um retrato da situação de um momento, o da promulgação da Constituição. Ele é como que a sua justificativa, mas não encerra nenhum compromisso de manter-se atualizado com as alterações que o Texto venha a sofrer no correr dos tempos”

(BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 1º v., arts. 1º a 4º, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 409)

Legislativos e dos Poderes Executivos, da União e dos demais entes federativos, bem como em escolas, hospitais e diversos outros prédios públicos.

Questiona-se se tal prática consistiria em tolerável restrição ao princípio do estado laico, resguardada em favor de outros valores fundamentais, como a proteção à tradição e à cultura, ou, se na verdade, esse agir afronta ao princípio constitucional, que não deve mais ser admitida ²¹¹.

É certo que muitos dos costumes, símbolos, nomes, significados, obras, esculturas e documentos, que fazem parte da história e do patrimônio cultural brasileiro têm origem religiosa. O nome de, ao menos, três dos Estados que compõem a Federação foram claras homenagens a santos ou pessoas cultuadas pela Igreja Católica (São Paulo, Santa Catarina e Espírito Santo) ²¹². Algumas bandeiras e símbolos de diversos entes da Federação também guardam referências religiosas, como é o caso da Bandeira de Pernambuco e da Bandeira do Município de São Paulo, com a reprodução de cruces. Além disso, a carta de Pero Vaz de Caminha relatando a primeira missa no Brasil tem, sem sombra de dúvidas, grande importância para história do país, narrando cerimônia religiosa. As esculturas de Antônio Francisco Lisboa, o Aleijadinho, que retratam personagens e passagens bíblicas, possuem inegável valor histórico e cultural, bem como o Santuário do Bom Jesus de Matosinhos, considerado patrimônio da humanidade pela UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura). Sem contar, que as festividades, o domingo como dia de descanso ²¹³, feriados

²¹¹ A questão dos crucifixos, principalmente nas salas de órgão do Poder Judiciário, vem sendo debatida por diversas esferas da Justiça Brasileira. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apreciando os Pedidos de Providências n.ºs. 1.344, 1345, 1346 e 1362, entendeu que os crucifixos não violam o princípio da laicidade. Por outro lado, Conselho da Magistratura do Rio Grande do Sul, no Processo n.º. 0139-11/000348-0 – 2012, entendeu que havia violação constitucional e determinou a retirada dos crucifixos. Outras cortes também se depararam ou enfrentam ainda lides com objetos semelhantes. SILVIA ARAÚJO DETTMER, em tese de doutorado apresentada em 2015, discorre sobre o tema e cita diversos julgados nacionais e estrangeiros sobre a temática. (DETTMER, Silvia Araújo. O direito fundamental à liberdade religiosa e os símbolos religiosos. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015, pp. 279 a 292).

²¹² Entre os municípios mais populosos do Brasil também se notam vários nomes com referências religiosas, como São Paulo, Salvador, São Luís, São Gonçalo, São Bernardo, Santo André, São José, Aparecida, São João, Santos, São Vicente, Santa Maria, entre outros. O próprio Brasil já foi nomeado pelos portugueses, quando eles chegaram ao Brasil, como Terra de Vera Cruz e Terra de Santa Cruz.

²¹³ Apesar do repouso semanal remunerado poder ser gozado preferencialmente aos domingos, como estabelece o artigo 7º, XV, da Constituição, ou coincidir com o domingo, como estipula o artigo 67 da Consolidação das Leis Trabalhistas, nada impede que o direito possa ser usufruído pelo empregado em outro dia da semana, de acordo com os preceitos de sua religião. Tal garantia é, inclusive, assegurada pelo artigo 6º, h, da Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação

²¹⁴ e próprio calendário, que é o mesmo que foi promulgado pelo Papa Gregório XIII da Igreja Católica em 1582 e adotado pela totalidade dos países ocidentais, contêm fortes relações com a herança religiosa do Estado.

Fundadas na Religião ou nas Convicções, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1981.

Neste sentido, vislumbrando a possibilidade de o trabalhador descansar no dia sagrado para seu credo religioso, que não seja o domingo, JONATAS EDUARDO MENDES MACHADO ensina:

“A ideia de acomodação razoável da religião assume as vestes de uma concordância prática entre direitos e interesses em colisão, atenta à especial centralidade que o factor religioso assume como elemento constitutivo da identidade e autocompreensão do indivíduo. O direito à liberdade religiosa do trabalhador deverá ser equacionado, de acordo com critérios de razoabilidade e proporcionalidade, com os direitos de propriedade e iniciativa econômica privada do empregador, num sentido que garanta sua máxima efetividade, isto é, que possibilite a obtenção do ‘equilíbrio menos restritivo’ entre os bens em colisão. Deve notar-se, todavia, que o aparente tratamento preferencial do trabalhador por causa das suas convicções religiosas, não é realmente mais do que a única solução logicamente possível para o problema da acomodação da religião. Este suscita-se, exactamente, naqueles casos em que uma norma de aplicação geral, feita de acordo com as concepções, as normas e os interesses dominantes, colide irremediavelmente com as práticas religiosas minoritárias, consistindo um corolário elementar da igualdade em sentido material a previsão de um tratamento especialmente atento às circunstâncias concretas. Defensável parece ser, do ponto de vista constitucional, a obrigação de procurar alternativas menos restritivas que evitem, tanto quanto possível, a colocação do trabalhador perante a angustiante situação de ter que escolher entre o exercício da sua liberdade religiosa ou do seu direito ao trabalho”.

(MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Op. cit., pp. 269 e 270).

Outra questão controvertida, envolvendo o dia sagrado de descanso, consiste na possibilidade de realização de prova de concurso em dia diverso do previsto no edital por motivo de crença religiosa. Nos tribunais brasileiros, a questão permanece controvertida, embora o Superior Tribunal de Justiça tenha entendimento pacificado de que a liberdade de crença não pode criar situações que importem tratamento diferenciado em relação a outros candidatos de concurso público (Neste sentido: RMS 54042 / CE e RMS 22825 / RO), o Supremo Tribunal Federal, embora já tenha se pronunciado sobre tema no STA 389-AgR / MG, que será aprofundado no capítulo 5 deste trabalho, ainda vai julgar recurso com repercussão geral reconhecida a fim de dar o tom final à matéria, trata-se do RE 611874 RG / DF, que aguarda julgamento do mérito desde 2011, quando restou reconhecido que a matéria é passível de repetição em inúmeros processos. O tema também é questionado perante o Supremo Tribunal Federal na ADI nº. 3.714 / SP, na qual é alegada a inconstitucionalidade de lei paulista limitando dias e horários para realização de provas de concurso público e vestibulares.

Entendemos que, nesta hipótese, a solução não deve ser diversa da encontrada para o dia de descanso na atividade laboral. Trata-se de conflito entre o princípio da igualdade formal e da liberdade de crença. Considerando que a vedação da realização da prova em outro dia traz prejuízo concreto e até inviabiliza o exercício de sua crença minoritária ou o acesso ao cargo público pelo candidato crente, enquanto que a permissão pode violar hipoteticamente a igualdade formal, pois não se pode afirmar com certeza que a mudança da data lhe trará vantagem ou desvantagem, em ponderação de valores parece mais preponderante proteger a liberdade de crença.

²¹⁴ Os feriados religiosos também não estão salvos de críticas quanto a sua constitucionalidade. Neste sentido, HELOÍSA SANCHES QUERINO CHEHOUD, em dissertação de mestrado apresentada junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sustentou:

“Apesar de se justificarem pela história do País, não se pode negar que as leis brasileiras que estipulam os feriados com base no catolicismo têm questionável constitucionalidade, visto que em última análise sinalizam a preferência do Estado por uma religião em detrimento de todas as demais, situação vedada pelo princípio da laicidade e que maltrata a liberdade religiosa”.

(CHEHOUD, Heloísa Sanches Querino. *Liberdade religiosa e laicidade: evolução histórica e análise constitucional*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010, p. 121)

Entendemos que a adoção de feriados religiosos, já há muitos anos previstos no calendário nacional e parte da tradição brasileira, em nosso entendimento, assim como a escolha do domingo como dia de descanso, ainda que possam excetuar a laicidade, seriam hipóteses de exceções constitucionalmente admitidas, pois, além de representar a vontade majoritária, não inviabiliza a liberdade de crença dos que

Não há como negar que permanece, no estado laico brasileiro, assim como em todos os países majoritariamente cristãos, muitos costumes, tradições e símbolos da religião.

Por outro lado, a colocação de crucifixos em espaços públicos pode representar, para aqueles que não aderem à crença simbolizada, forma de pressão e favorecimento aos que professam a fé representada.

Neste sentido, JÓNATAS MACHADO ensina:

“A concessão estadual de uma posição de vantagem a instituições, símbolos ou ritos de uma determinada confissão religiosa é susceptível de ser interpretada, pelos não aderentes, como forma de pressão no sentido de conformidade com a confissão religiosa favorecida e uma mensagem de desvalorização das restantes crenças. Por outras palavras, ela é inerentemente coercitiva”²¹⁵.

Desta forma, tendo em vista o dever de imparcialidade do Estado, que deve tratar todos iguais independentemente de seu credo religioso, a manutenção de cruzes ou crucifixos em determinados espaços públicos ainda que o símbolo tenha valor cultural e histórico, pode atentar contra a Constituição.

Todavia, não são todas as hipóteses em que a colocação de crucifixos pode agredir a laicidade do Estado. Em hospitais, museus, cemitérios públicos, por exemplo, aonde a cruz só tem valor histórico e cultural ou expressa esperança e salvação para aqueles que creem no símbolo, representativo do credo majoritário do Brasil, não entendemos haver violação constitucional, pois trata-se de exceção que atende ao interesse público, bem como a memória nacional.

Em contrapartida, em locais, onde o Estado se faz presente para dirimir conflitos ou tomar decisões essenciais, não apenas aos que creem no símbolo, mas a todos

seguem religiões minoritárias, que, em nosso entendimento, poderão descansar nos dias sagrados para sua crença (vide nota anterior), nem obriga qualquer pessoa a participar das festividades religiosas, tendo cada um a liberdade de dispor de seu tempo livre como bem entender.

²¹⁵ MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Op. cit., pp. 248 e 249.

brasileiros, como é o caso de Tribunais²¹⁶, salas de audiência ou no plenário das sessões legislativas, a colocação do símbolo religioso pode, ainda que de forma subliminar, demonstrar certo favorecimento a determinado grupo da sociedade.

3.3 Liberdade de crença

Além do princípio estrutural do estado que é a laicidade, a liberdade religiosa implica, ainda, na garantia de outras três liberdades, a de crença, a de culto e a de associação religiosa, que consistem em direitos individuais fundamentais.

Destarte, estudemos os três âmbitos de proteção constitucional do sentimento religioso das pessoas, começando com a liberdade de crença.

A liberdade de crença, assim como a liberdade de consciência, mais ampla, tem como pressuposto a liberdade de pensamento, que é própria e distintiva da espécie humana.

A pessoa humana se diferencia dos demais seres que habitam o Planeta Terra pela capacidade de racionalização e consciência. Como já dizia Aristóteles, mais de trezentos anos antes do nascimento de Cristo, o homem é animal racional. O cérebro altamente desenvolvido do humano possibilita as duas técnicas cognitivas, pensar e ter consciência.

Logo, é inerente à espécie *homo sapiens* racionalizar (pensar) e ter consciência. Sem essas duas qualidades, o *homo* não seria *sapiens*, dispensando a necessidade de proteção e direitos próprios dos humanos.

²¹⁶ Sobre a colocação de cruzeiros e crucifixos nos Tribunais, DANIEL SARMENTO sustentou a tese de que os crucifixos, assim como quaisquer outros símbolos religiosos, não podem ser mantidos em espaços eminentemente públicos do Poder Judiciário, sob pena de ofensa ao princípio da laicidade do Estado. (SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. In: *Revista Eletrônica PRPE (Procuradoria da República em Pernambuco)*. Maio de 2007, disponível em <<http://www.prpe.mpf.mp.br/internet/index.php/internet/Legislacao-e-Revista-Eletronica/Revista-Eletronica/2007-ano-5/O-Crucifixo-nos-Tribunais-e-a-Laicidade-do-Estado>>, acesso em 23 de outubro de 2018.

Além disso, pensar e ter consciência são qualidades de cada pessoa isoladamente, ou seja, não se trata apenas de divisor para a espécie, mas modo de diversificar interiormente cada um, com escolhas e decisões próprias, individuais.

Só assim, atribuindo a cada ser, com total exclusividade, isto é livre de fatores compulsórios externos ²¹⁷, a tarefa de se conscientizar e pensar, é que se pode justificar a própria existência da espécie.

Neste sentido, a liberdade de pensamento é direito natural, que dispensa até garantia expressa, pois inerente ao ser humano. No entanto, a Constituição Federal protegeu não só a liberdade de pensamento, como a manifestação do pensamento (art. 5º, IV ²¹⁸).

²¹⁷ O que não se deve permitir é a interferência compulsória no pensamento. Porém, é certo que o círculo social, a educação, as referências mais próximas e os meios de comunicação condicionam o pensamento das pessoas, mas tais influências, não revestidas de obrigatoriedade, não limitam a liberdade de pensamento. A pessoa sempre poderá buscar suas verdades em outras fontes. Tal conduta, aliás, será sempre recomendável, visando eliminar os vícios mais comuns do pensamento corrente.

PONTES DE MIRANDA identificou sete categorias de erros que tornam o pensamento falível. Nas palavras do mestre alagoano:

“Tais erros consistem: a) em se ter como verdade o que se ouviu de outrem, de que se depende, ou que se imita, ou que o ensinou – causa de preguiça de pensar por si, de conferir com os fatos o que se pensa; b) em se adotar a opinião acorde com certos princípios ou concepções cuja certeza postulamos – o espírito formula como se fossem proposições no indicativo, ou julgamento de fato, o que apenas é imperativo, tirado daqueles princípios ou convicções; c) em se ver tudo através de pequena especialidade, ou com reduzido número de dados, insuficientes para julgamento verdadeiro e abrangentes de toda a questão; d) em se verem os dados como através de vidros de paixão, ou preferências afetivas; e) em se introduzir nos julgamentos o interesse pessoal, ou de partido, ou o de camada social a que se pertence ou a que se adere; f) em se tomar como prova de enunciados a convergência de opiniões (autoridades); g) em se errar no raciocínio lógico, ou mesmo na escolha de premissas.

(PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, liberdade, igualdade*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002, p. 446).

Se todos os passos acima transcritos forem seguidos, muito provavelmente erros e injustiças poderão ser evitados, mas o pensamento individual será sempre falível, e sujeito à crítica. E só com a crítica e o debate aprofundado, considerando a importância das ideias contrapostas é que se pode se aproximar efetivamente das verdades. Sem ouvir o que os outros tem a dizer, especialmente aqueles que pertencem a diversos círculos sociais e culturais e seguem distintas referências, nunca será possível confirmar as próprias verdades, nem tampouco se afastar de conclusões precipitadamente compreendidas como absolutas, mas, porém, equivocadas.

A importância do pensamento divergente foi muito bem identificada por SAMPAIO DÓRIA, que ensina: *“Por não ser ninguém infalível, só se pode ter relativa segurança de estar com a verdade, em assuntos complicados, ouvindo as razões, pesando os argumentos, considerando as críticas que, ao que pensamos, possam opor os que pensem de modo diferente. Enquanto houver uma crítica de pé, um argumento sem resposta, uma razão intacta contra a opinião que se sustente, não se pode dormir seguro de que a verdade esteja provada ou que realmente se saiba o que se presume saber. Só pela discussão ampla, livre, irrestrita, pode o homem ir adquirindo, pouco a pouco, e pensadamente, verdades, seja sobre o que for. Só pela destruição do último argumento contra se há de ter por provado o que se prese”*.

(SAMPAIO DÓRIA, Antônio de. *Direito constitucional*. Volume 1º. Segundo Tomo. 5ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1962, p. 741)

²¹⁸ Art. 5º, IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

A proteção a liberdade de pensamento já incluiria a liberdade de consciência e crença. Porém, a Constituição Federal de 1988, cuidadosa e a fim de não permitir qualquer lacuna, tornou-a expressamente inviolável. O pensamento é mais amplo do que a consciência e a crença, sendo tudo o que ocorre no indivíduo de tal maneira que o faz perceber imediatamente por força própria.

Era o que ensinava RENÊ DESCARTES:

“Pela palavra pensamento entendo tudo o que ocorre em nós de tal maneira que o notamos imediatamente por nós próprios; é por isso que compreender, querer, imaginar, mas também sentir, são a mesma coisa que pensar. Porque se afirmo que vejo ou que caminho, e daí infiro que existe; se ouço falar da ação que se pratica com meus olhos ou com as minhas pernas, esta conclusão não é de tal modo infalível que eu não tenha razão para duvidar dela, porque eu posso pensar, ver ou caminhar quando durmo, embora não saia do mesmo sítio”²¹⁹.

Já a consciência é a conclusão que se extrai do pensamento e, com base nela, permite a orientação interna e exterior do indivíduo. Porém, há pensamentos que não influenciam a consciência, sendo alternativas rechaçadas ou desimportantes para as conclusões íntimas.

A liberdade de crença é a mais restrita das três, pois tem em vista apenas a opção religiosa, enquanto que a consciência pode se formar por valores morais desvinculados de qualquer motivação religiosa e, até mesmo, comportar em ausência de qualquer crença religiosa²²⁰, a crença se relaciona com a fé em determinada religião²²¹.

Portanto, dentro do âmbito da proteção à liberdade de pensamento, a liberdade de crença consiste na faculdade de escolha ou de adesão a qualquer religião, incluindo desde as tradicionais até as mais novas e dentre aquelas que contam com mais seguidores à que exprime o sentir individual, bem como abandonar ou mudar de religião a qualquer tempo.

²¹⁹ DESCARTES, Renê. *Princípios da Filosofia*. Tradução: João Gama. Lisboa-Portugal: Edições 70, 1997, p. 29 e 30

²²⁰ Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. Op. Cit. 299 e 300.

²²¹ Adotamos aqui o sentido mais amplo de religião, que inclui desde a religião tradicional até a religião individual, como destacado no capítulo 2 desta tese.

Por outro lado, a liberdade de crença não se resume ao foro íntimo, interno, do indivíduo, dentro de seus próprios convencimentos guardados para si. A liberdade de crença se exterioriza, tanto no instante em que o crente dá publicidade a sua crença, quanto quando ele age de acordo com as suas crenças²²².

É fato que a liberdade de crença não exteriorizada, sequer precisa de proteção constitucional, pois inerente ao ser humano, bem como não pode sofrer qualquer tipo de limitação, como demonstraremos no tópico seguinte. Por outro lado, entendemos que a liberdade de crença é mais ampla do que isso, abrigo também a possibilidade de exteriorização da crença com o uso de símbolos ou prática de atos religiosos, bem como a habilitação para conformar sua conduta social em consonância com princípios e dogmas de determinada religião. Não se pode afirmar que existe liberdade de crença, quando é vedada alguma das formas de exteriorização do credo. Aquele que só pode crer sozinho em seu foro íntimo não pode ser considerado livre. Consequentemente, qualquer violação à conduta religiosa atenta contra a liberdade de crença.

O crente que expõe, por exemplo, em uma corrente, o símbolo de sua fé, exerce seu direito fundamental à liberdade de crença, mas de maneira externa. Assim, como aquele que faz gestual característico de determinada religião, usa traje ou cumprimenta alguém de modo que apresente a crença em doutrina religiosa.

Além disso, quem direciona sua vida, seus hábitos, fazendo ou deixando de fazer algo de acordo com os preceitos de sua religião, também exerce sua liberdade de crença.

²²² Cf. HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução (da 20ª edição alemã): Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 299 e 300. No mesmo sentido, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 296). Em sentido contrário, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR trata a liberdade de consciência e crença apenas como a convicção íntima, interna de cada um, sendo qualquer forma de exteriorização considerada liberdade de manifestação da consciência ou liberdade de culto. Nas palavras do renomado jurista: “o Constituinte confundiu ‘consciência’ com ‘projeção da consciência’, no mundo externo. O mesmo ocorre com a crença, sempre livre, indevassável pelo Estado. Objeto de cogitação do direito é o ‘culto’, a ‘religião’, o ‘cerimonial’, a ‘prática da consciência religiosa e da crença’” (CRETELLA JÚNIOR, Comentários à Constituição Brasileira de 1988 (volume 1). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 216).

Desta forma, a conduta religiosa se insere no âmbito de proteção constitucional, e se acha livre de interferências arbitrárias ou injustificáveis.

Como leciona JÓNATAS MACHADO:

*“Assumindo um lugar central na vida dos indivíduos, a religião influencia decisivamente a sua maneira de ser e de agir. O Estado deve encarar com seriedade esse fato, devendo os titulares dos órgãos públicos manifestar consideração e respeito por todas as formas de religiosidade. Um regime de liberdade religiosa deve alargar ao máximo a sua proteção às condutas religiosas, independente de sua natureza mais ou menos convencional. Assim, os poderes públicos devem, na medida do possível, abster-se de perturbar comportamentos tão diversos como, designadamente, a adesão a uma confissão religiosa ou o seu abandono, a educação religiosa dos menores pelos seus pais ou tutores, a prática de atos, ou participação em atividades de beneficência, o envolvimento em diversos tipos de serviço religioso, o uso de uma indumentária própria ou de outros símbolos religiosos, a adoção de determinadas práticas dietéticas, etc. Todos estes aspectos integram uma reserva de intimidade religiosa cujo mérito intrínseco o Estado não pode pretender avaliar”*²²³.

Assim, ainda que estranhos ou não habituais, os costumes religiosos devem ser respeitados, consistindo em afronta à liberdade de crença, restrições, que não tenham como motivação a proteção de outros direitos fundamentais.

Ademais, a fim de proteger este aspecto da liberdade de crença, que consiste na conduta de acordo com a fé, a Constituição Federal, expressamente, garantiu a escusa de consciência (art. 5º, VIII²²⁴).

A escusa de consciência, como conceituam LUIZ ALBERTO DAVID ARAUJO e VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR consiste no *“direito de exigir do Estado a eximência de uma obrigação legal a todos e que seja incompatível com as convicções pessoais do indivíduo, desde que se cumpra obrigação alternativa fixada em lei”*²²⁵.

²²³ MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Op. cit., p. 224 e 225.

²²⁴ Art. 5º, VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei

²²⁵ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. Op. Cit. p. 192.

Logo, a Constituição já estabelece a solução para o conflito entre a liberdade de consciência e crença em face do princípio da igualdade e a autoridade do Estado, que se extrai da imposição legal a todos. Por razão de sua crença ou convicção filosófica ou política, a pessoa não poderá ser privada de direitos, porém, quando a manifestá-la para não cumprir obrigação legal a todos imposta ²²⁶, deve cumprir prestação alternativa, compatível com sua consciência, prevista em lei ²²⁷.

A liberdade de crença inclui, até mesmo, o proselitismo religioso. É direito de quem crê tentar convencer aos outros da sua fé, divulgando sua religião e angariando novos adeptos, que podem fortalecer e aprimorar a crença. Por outro lado, a liberdade de mudar de religião não teria sentido se não fosse permitido o proselitismo religioso. Dificilmente alguém se convencerá da razão de determinada doutrina religiosa se ninguém puder apresenta-la e propaga-la.

A Corte Europeia de Direitos Humanos, no Caso *Kokkinakis v. Grécia* (1993), se deparou com o tema do proselitismo religioso, enquanto forma de exercício da liberdade religiosa.

O Caso pode ser resumido da seguinte forma: O Sr. Kokkinakis, Testemunha de Jeová, foi condenado, na forma da lei grega (Lei nº. 1.363/1938), pelo crime de proselitismo. Ele e sua esposa visitaram a casa da Sra. Kyriakaki, na cidade de Sitia, na ilha de Creta, com a intenção de divulgar a sua fé e converte-la ao credo das Testemunhas de Jeová. Após a visita, o marido da Sra. Kyriakaki denunciou ambos à polícia, sendo, posteriormente, apenas o Sr. Kokkinakis, em todas as instâncias gregas, condenado pelo crime de proselitismo, pois era reincidente. Além desta, o acusado foi

²²⁶ São hipóteses de potenciais imposições, que a pessoa pode se eximir com base em suas convicções religiosas, políticas ou filosóficas: o serviço militar, a obrigação de servir como jurado no Tribunal do Júri, o voto obrigatório e participar como mesário nas eleições (Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 531 e 532).

²²⁷ A prestação alternativa deve ser fixada em lei. Desta forma, sem que haja lei fixado imposições compatíveis com as convicções e crenças daquele que recusou, a pessoa não estará obrigada a cumprir com nenhuma prestação. Neste sentido, JOSÉ AFONSO DA SILVA ensina: “‘Prestação alternativa, fixada em lei’ significa que o dever de prestação alternativa depende de fixação em lei. Sem isso, mesmo que ocorra a escusa, não há como impô-la; e, como a privação de direito só cabe quando o escusante também se recusa à prestação alternativa, não pode ela ocorrer”. (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 97)

Além disso, a obrigação alternativa não pode ser multa, que tem caráter punitivo, não podendo ser considerada punição a alternativa imposta aquele que exerce seu direito à escusa de consciência (Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Op. Cit.*, p. 532).

condenado mais de sessenta vezes pelo mesmo crime, uma vez que, além da tipificação penal na Lei nº. 1.363/1938, a Constituição da Grécia de 1975 também proíbe o proselitismo a todas as religiões. Inconformado, o Sr. Kokkinakis apelou à Corte Europeia de Direitos Humanos, alegando, entre outras violações, contrariedade ao artigo 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos ²²⁸, que garante a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. A corte entendeu, por maioria de votos (6 a 3) que, no caso concreto, a atitude do Sr. Kokkinakis não consistiu em proselitismo impróprio, considerando violado o artigo 9º da Convenção pela Grécia.

Por outro lado, apesar de a Corte ter entendido que a condenação do Sr. Kokkinakis atentava contra a liberdade religiosa, não concluiu que a tipificação penal do crime de proselitismo violava o mesmo artigo da Convenção Europeia, fazendo infeliz distinção entre o que se chamou de “*testemunho cristão*” e “*proselitismo impróprio*”, *in verbis*:

“49. Em primeiro lugar, é preciso fazer uma distinção entre o testemunho cristão e o proselitismo impróprio. O primeiro corresponde ao verdadeiro evangelismo, que um relatório elaborado em 1956 sob os auspícios do Conselho Mundial de Igrejas descreve como uma missão essencial e uma responsabilidade de todos os cristãos e de todas as Igrejas. O último representa uma corrupção ou deformação disso. Tal forma, de acordo com o mesmo relatório, pode assumir a forma de atividades que oferecem vantagens materiais ou sociais com vista a ganhar novos membros para uma Igreja ou exercer pressão inadequada sobre pessoas em dificuldades ou necessidades; bem como até implicar o uso de violência ou lavagem cerebral; em geral, não é compatível com o respeito pela liberdade de pensamento, consciência e religião dos outros” ²²⁹.

A distinção entre o testemunho cristão e outras formas de proselitismo, podendo, sem qualquer violação à liberdade religiosa, o segundo ser criminalizado, é infeliz.

²²⁸ **Artigo 9.º, Convenção Europeia de Direitos Humanos (Liberdade de pensamento, de consciência e de religião)**

1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.

2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem.

²²⁹ FRANÇA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso Kokkinakis v. Grécia (*Application no. 14307/88*). Tradução livre. Estrasburgo. 25 de maio de 1993. disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57827>. Acesso em 23 de outubro de 2018.

Primeiro porque a Corte Europeia de Direitos Humanos tratou com desigualdade os credos religiosos, sendo a difusão do testemunho cristão impassível de punição estatal, enquanto que a difusão de outros credos poderia ser considerada proselitismo impróprio e eventualmente punido. Em segundo lugar, em prol da liberdade de exercício de divulgação da crença e de escolha de religião, o proselitismo, parte indissociável da crença, não deve ser considerado crime, pois trate-se de exercício de direito, não podendo ser punido por si só.

Porém, é certo, não se trata de direito ilimitado, podendo ser restringido, quando em conflito com outros direitos fundamentais.

Neste sentido foi o voto dissidente do Juiz Mertens na Corte Europeia de Direitos Humanos, no paradigmático caso *Kokkinakis v. Grécia* (1993), *in verbis*:

*“Deve o julgamento ser, de outra forma, em que o proselitismo é combinado com ‘coerção’? Eu penso que não. A coerção no contexto atual não se refere à conversão por coerção, pois as pessoas que realmente acreditam não mudam suas crenças como resultado da coerção; o que estamos realmente contemplando é a coerção, a fim de fazer alguém se juntar a uma denominação e sua contraparte, coerção para prevenir que alguém deixe uma denominação. Mesmo em tal caso de ‘coerção por motivos religiosos’, é, em princípio, que os interessados se ajudem. Assim, se houver um recurso legal, deve ser um recurso de direito civil. A estrita neutralidade que o Estado é sujeito a observar em questões religiosas exclui a interferência neste conflito por meio do direito penal. A menos que, é claro, a coerção, além de seu propósito, constitui um crime comum, como agressão física. Nesses casos, o Estado deve, naturalmente, processar nos termos da disposição aplicável do direito penal (ordinário) e uma defesa baseada na liberdade de proselitismo pode ser devidamente rejeitada se essa liberdade for claramente abusiva. Não há, no entanto, nenhuma justificativa para fazer a coerção em assuntos religiosos uma ofensa criminal por si só”*²³⁰.

No mesmo sentido, os Juízes Pretti e Meyer, no mesmo julgamento, também concordaram parcialmente com o julgado, entendendo que a liberdade religiosa abrange o proselitismo, o que afasta a possibilidade de criminalizá-lo por si só.

²³⁰ Idem

No sistema interamericano de direitos humanos, é interessante notar que a própria Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969 garante, como parte da liberdade de consciência e de religião, a liberdade de professar e divulgar a religião ou crença, abrangendo, expressamente, o proselitismo, como se nota da redação do artigo 12 do Pacto aprovado em San José na Costa Rica:

“Artigo 12. Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.

3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.

4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções”.

Nota-se que a norma do sistema interamericano, além de proteger o direito de manifestar a própria religião e as próprias crenças, define que tal garantia só pode ser limitada pela lei e apenas quando a restrição for necessária para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.

Assim, embora a Corte Interamericana de Direitos Humanos não tenha, com a mesma frequência da Corte Europeia, enfrentado o tema do proselitismo como parte integrante da liberdade de expressão religiosa, a própria Convenção Interamericana traz definição semelhante ao que se consolidou na jurisprudência de direitos humanos da Europa.

É certo, porém, que a liberdade de crença, como direito fundamental não é garantia absoluta, isenta de qualquer tipo de restrição. Trata-se de direito que pode sofrer restrições, quando concorre com outros direitos de mesma ordem, também

fundamentais, previstos na Constituição ²³¹. Assim, cumpre estudar quais são os eventuais limites à liberdade de crença.

3.3.1 Limites à liberdade de consciência e crença

Distinguimos a liberdade de consciência e crença em exterior e interior, mas trata-se de direito único e indissociável. É certo que crença e consciência são formadas no interior do pensamento humano, que pode ou não ser divulgado. Porém, é atributo da liberdade o trânsito do pensamento do mundo interior para o exterior. Se a crença ou consciência se restringissem, tão somente, ao íntimo de cada qual, não se poderia afirmar que são livres. Assim, a liberdade de consciência e crença é protegida quando a pessoa dá publicidade ao que crê, bem como quando se orienta de acordo com suas convicções e crenças.

Se admitíssemos que a crença e a consciência estivessem restritas ao mundo interior dos pensamentos humanos, seria possível admitir a existência de direitos fundamentais absolutos.

Neste sentido, SAHID MALUF ensina: *“Desde que se fale em liberdade de pensamento e liberdade de crença como direitos, estes são realmente absolutos, porque nenhum poder temporal poderia controlar o pensamento do homem ou impor-lhe determinada crença”* ²³².

Desta forma, a crença e a consciência não manifestada ou publicitada deve ser considerada como impenetrável pelo Estado e, conseqüentemente, insuscetível de limitação pela autoridade pública ou por terceiros.

Ainda que possível, com o uso da tecnologia (máquina da verdade, por exemplo), hipnose, medicamentos, tóxicos, lavagem cerebral ou qualquer outro meio,

²³¹ A limitação à liberdade de consciência e crença só pode se dar por direitos previstos na Constituição. A limitação na lei, hierarquicamente inferior, não é admissível (Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Op. Cit. p. 300).

²³² MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 25 ed. atual. pelo Prof Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 294).

descobrir o que a pessoa pensa ou crê, tais meios, em hipótese alguma, devem ser empregados. Enquanto pensamentos e crenças nunca poderão ofender qualquer direito fundamental de outrem. Seu uso contra a vontade do indivíduo consiste em tortura, o que é vedado pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, III e XLIII ²³³), bem como pela Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis das Nações Unidas de 1984, ratificada pelo Brasil e promulgada por meio do Decreto nº 40 de 1991.

Já ensinava PONTES DE MIRANDA:

“Seja como for, as linhas de limitação à liberdade têm de passar fora do indivíduo; e ainda não se regrediu, abertamente, a tal ponto que se volte à tortura ‘legal’ e à sondagem dos espíritos. Se se confessa a adoção de uma ou de outra, ou de ambas, já não existe nenhuma liberdade de consciência: os diques que separavam as águas do Oriente e do Ocidente desapareceram; e vem a estagnação. Ou repontará, contra isso, mundo completamente novo, que salve o que ainda se pode salvar do ciclo de cultura que viu Leonardo, Copérnico, Descartes, Newton e Leibniz” ²³⁴.

O Estado só pode intervir, portanto, quando a crença ou pensamento é exteriorizado. Só neste momento, quando crença ou manifestação se torna fato social, é que pode haver interferência para proteção ou restrição da conduta humana.

É esta lição que se extrai da obra de SAMPAIO DÓRIA, *in verbis*:

“A crença poderia ser um fato puramente individual: no recesso íntimo do lar, poderia cada qual, sem relação com outrem, pensar, sentir, adorar, e devotar-se a Deus. Isso não interessaria diretamente ao Estado, e qualquer interferência que ousasse, no foro íntimo da consciência, não se apoiaria em razões naturais de nenhuma espécie. Deixa, porém, a crença de ser fato individual, para se tornar fato social, quando se comunicam entre si os crentes em matéria religiosa, como quando publica cada qual sua fé, quando alicia prosélitos, quando se reúnem e se associam uns aos outros, por amor da crença comum. Na publicação, na reunião, na associação, na pregação, na oração em comunidade, se estabelecem relações, e só então se tem o fato social. Este fato já interessa ao Estado, que costuma nele interferir, ou para constrangê-lo, ou para garanti-lo” ²³⁵.

²³³ Art. 5º, III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

Art. 5º, XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

²³⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Democracia, liberdade, igualdade*. Op. Cit., p. 440.

²³⁵ SAMPAIO DÓRIA, Antônio de. *Direito constitucional*. Op. Cit., p. 738 e 739

Quando exteriorizada, a liberdade de crença, sem dúvida nenhuma, é limitada, pois pode atentar contra outros direitos fundamentais, igualmente a essenciais à proteção do ser humano.

A manifestação da crença pode se dar pelo uso de indumentária religiosa, pelo agir de acordo com as suas crenças ou pelo proselitismo religioso. Em todas as hipóteses, poderão existir conflitos com outros direitos fundamentais, sendo admitida limitação à liberdade de crença, desde que devidamente prevista em lei, bem como razoável e proporcional, não impondo maiores sacrifícios do que os necessários para o alcance e a proteção do direito contraposto ²³⁶.

O uso da vestimenta religiosa pode conflitar com a segurança pública, a saúde pública, a dignidade da pessoa humana e, até mesmo, o princípio da laicidade estatal, quando o religioso é agente público no exercício de sua função. Tais conflitos não de ser resolvidos caso a caso, com a aplicação do princípio da proporcionalidade, só podendo haver limitação à liberdade de crença se adequada, necessária e proporcional.

Justifica, em razão da segurança pública, por exemplo, a obrigação de retirar adereços religiosos em aeroportos, fóruns ou outros lugares em que todos são obrigados a passar por detectores de metais, bem como conferência da identidade pelas autoridades públicas. A Corte Europeia de Direitos Humanos, no Caso *Phull v. França* (2005), entendeu legítima a obrigação imposta à crente Sikh de retirar seu turbante para controle em aeroporto ²³⁷. No mesmo sentido, a Corte Europeia entendeu que a autoridade de consulado pode determinar que a pessoa retire o véu islâmico para verificação de identidade (Caso *El Morsli v. França* – 2008) ²³⁸.

²³⁶ Cf. MOREIRA, Vital. Comentário ao artigo 10º: Liberdade de pensamento, de consciência e de religião. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (Coords.). *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia comentada*. Coimbra-Portugal: Almedina, 2013, p. 152)

²³⁷ Cf. FRANÇA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso *Phull v. França* (*Application no. 35753/03*). Estrasburgo. 11 de janeiro de 2005. disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77018>>. Acesso em 23 de outubro de 2018.

²³⁸ Cf. FRANÇA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso *El Morsli v. França* (*Application no. 15585/06*). Estrasburgo. 24 de março de 2008. disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-117860>>. Acesso em 23 de outubro de 2018.

A proibição da vestimenta islâmica já foi apreciada pela Corte Europeia de Direitos Humanos no Caso *S.A.S v. França* (2014), prevalecendo, por 15 votos a 2, o entendimento que a vedação não viola a liberdade de crença²⁴¹.

A vestimenta religiosa, por fim, pode, também, atentar contra a laicidade do Estado. Seria o caso de juiz, policial, professor de escola pública, o Presidente da República, ou qualquer outro funcionário, exercendo função típica do Estado. Nesta hipótese, o agente público, em serviço, se confunde com o Estado. Exercendo sua função com vestimenta religiosa ou símbolo religioso evidente, deixa transparecer que o Estado é confessional.

É certo que tais agentes são também pessoas e, como tais, são livres para crer e manifestar sua crença. Porém, quando exercendo função pública, devem obedecer ao princípio da laicidade. Neste sentido, JOANA ZYLBERSTAJN conclui:

*“O Presidente da República tem todo o direito de usar um broche com a imagem de uma santa em sua vida particular, ainda que em espaços públicos. Não poderia fazer o mesmo, no entanto, representando o país em missão oficial. A manutenção de símbolos religiosos em gabinetes pessoais não afrontaria a concepção de laicidade, mas o uso de um terço enrolado no punho de um procurador durante sustentação oral no Plenário de um Tribunal talvez excedesse os limites possíveis”*²⁴².

Foi neste sentido que decidiu a Corte Europeia de Direitos Humanos no Caso *Dahlab v. Suíça* (2001), considerando legítima a proibição do uso de véu islâmico (hijab – cobre apenas parte do rosto), por professora da rede pública²⁴³.

Por outro lado, a vedação do uso de símbolo religioso no ambiente de trabalho por empregadora privada é muito mais controversa, na medida em que não se aplica o princípio da laicidade. A vedação pela empregadora, quando não justificada, pode consistir em afronta à liberdade de crença do empregado. A Corte Europeia de Direitos

²⁴¹ Cf. FRANÇA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso *S.A.S v. França* (*Application no. 43835/11*). Estrasburgo. 1 de julho de 2014. disponível em: < <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145466> >. Acesso em 23 de outubro de 2018.

²⁴² ZYLBERSTAJN, Joana. *A laicidade do Estado Brasileiro*. Op. Cit. p. 122.

²⁴³ Cf. FRANÇA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso *Dahlab v. Suíça* (*Application no. 42393/98*). Estrasburgo. 15 de fevereiro de 2001. disponível em: < <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-22643> >. Acesso em 23 de outubro de 2018.

Humanos enfrentou a temática no *Caso Eweida e outros v. Reino Unido* (2013), considerando ilegítima a proibição do uso de crucifixo por empregado da empresa *British Airways*, que admitia o uso de símbolos religiosos de outras religiões como turbantes, braceletes e *hijab*, das cores da empresa ²⁴⁴.

A exteriorização da liberdade de crença pode ir além da vestimenta e, em certos casos, provocar modificações no próprio corpo humano. Nesta hipótese, a liberdade de crença pode conflitar com o direito à vida e a integridade física, direitos fundamentais irrenunciáveis. Novamente, somente o caso concreto, com a aplicação do princípio da proporcionalidade pode definir se a modificação no próprio corpo, em razão de crença, deve ser admitida constitucionalmente ou não. Quando a modificação voluntária não importar em diminuição permanente da integridade física, como por exemplo corte de cabelo ²⁴⁵ ou tatuagem, não se constata qualquer violação a direito de mesma ordem, não havendo o conflito.

Por outro lado, quando a modificação no corpo humano em razão da crença provoca redução permanente, a questão se torna mais complexa, sendo defensável e, por vezes, necessária, a vedação à prática religiosa ²⁴⁶.

É o caso da mutilação genital feminina, que provoca diversos danos a mulher, muitas vezes praticado em prol de crença religiosa (interpretações de textos e costumes sagrados por grupos cristãos, judaicos, islâmicos e animistas), em meninas recém-nascidas ou quando atingem a puberdade, que vem sendo combatida pela Organização das Nações Unidas (ONU) ²⁴⁷.

²⁴⁴ Cf. FRANÇA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Caso Eweida e outros v. Reino Unido* (*Applications no. 48420/10, no. 36516/10, no. 51671/10, no. 59842/10*). Estrasburgo. 15 de janeiro de 2013. disponível em: < <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115881> >. Acesso em 23 de outubro de 2018.

²⁴⁵ No movimento *Hare Krishna*, por exemplo, é comum, que certos membros raspem a cabeça e deixem apenas uma pequena parte do cabelo, denominada *sikha*. Tal corte de cabelo, inclusive, serve como identidade dos membros da crença.

²⁴⁶ O Código Civil veda o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes, sem exigência médica. É o que dispõe o artigo 13 do Código de 2002:

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

²⁴⁷ Conforme levantamento da ONU, pelo menos 200 milhões de mulheres e meninas já foram submetidas às diversas formas de mutilação genital em trinta países. Em mais da metade destes países, a prática ocorre com mais frequência nos primeiros cinco anos, enquanto que nos demais pode variar entre

Com menor intensidade, a circuncisão masculina de crianças, prática comum no judaísmo, também provoca alteração definitiva no corpo humano, podendo se identificar o conflito entre a liberdade de crença e a integridade física.

Para VITAL MOREIRA, ambas as práticas devem ser restringidas, pois atentatórias à dignidade da pessoa humana, à autodeterminação pessoal ou a integridade física ou moral, *in verbis*:

“Igualmente justificadas, se não obrigatórias, são as restrições destinadas a impedir manifestações religiosas de certas confissões que são gravemente atentatórias da dignidade humana, da autodeterminação pessoal ou da integridade física ou moral (como sucede com a mutilação feminina ou com a circuncisão masculina de crianças) ou de princípios elementares de igualdade, como, por exemplo, a discriminação e segregação de gênero, a poligamia, a proibição do ensino das crianças do sexo feminino, e outras semelhantes”²⁴⁸.

Entendemos que a vedação deve ser apenas quanto à mutilação genital de meninas, que é capaz de provocar danos físicos e psiquiátricos definitivos, bem como a manutenção estigmas e preconceitos, no sentido de que só o homem pode ter prazer sexual, sendo a mulher mero objeto do prazer sexual masculino, o que, indubitavelmente, agride a igualdade entre homem e mulher, bem como a dignidade da pessoa humana. A circuncisão masculina, ainda que provoque redução permanente do corpo, não causa qualquer dano a futuro à saúde do homem, não sendo proporcional a restrição da prática com fins religiosos.

A crença religiosa pode, ainda, implicar em hábitos, condutas e padrões distintos, que variam desde restrições alimentares ou de bebidas alcólicas até transfusões de sangue ou tratamentos medicinais artificiais, bem como de vedações ao

os seis e quatorze anos de idade Disponível em < <https://nacoesunidas.org/onu-pede-eliminacao-de-pratica-violenta-da-mutilacao-genital-feminina-ate-2030/>> acesso em 23 de outubro de 2018.

²⁴⁸ MOREIRA, Vital. *Comentário ao artigo 10º: Liberdade de pensamento, de consciência e de religião*. Op. Cit., p. 152 e 153

trabalho em determinados dias da semana ²⁴⁹ a obrigações de realizar certas atividades religiosas ou não.

Neste aspecto, a possibilidade de conflito com outros direitos fundamentais mais impactante se dá quando a liberdade de crença (conduta de acordo com seus dogmas) concorre com a vida humana. Tal conflito é alegado, com mais ênfase, em duas hipóteses.

A primeira delas é a negativa, em razão de sua crença, de realização de transfusão de sangue por paciente Testemunha de Jeová ²⁵⁰, que coloca em risco a própria vida, saúde e integridade física.

Sobre o tema, LUÍS ROBERTO BARROSO, em parecer, conclui que o Estado não pode impor tratamento médico com transfusão de sangue ao paciente Testemunha de Jeová que recusar o procedimento, ainda que tal recusa implique em risco à vida da pessoa. Nas palavras do ilustre constitucionalista:

“A ordem jurídica respeita até mesmo decisões pessoais de risco que não envolvam escolhas existenciais, a exemplo da opção de praticar esportes como o alpinismo e o paraquedismo, ou de desenvolver atuação humanitária em zonas de guerra. Com mais razão deverá respeitar escolhas existenciais. Por tudo isso, é legítima a recusa de tratamento que envolva a transfusão de sangue por parte das testemunhas de Jeová. Tal decisão funda-se no exercício de liberdade religiosa, direito fundamental emanado da dignidade da pessoa humana, que assegura a todos o direito de fazer suas escolhas existenciais. Prevalece, assim, nesse caso a dignidade com expressão da autonomia privada, não sendo permitido ao Estado impor procedimento médico recusado pelo paciente. Em nome do direito à saúde ou do direito à vida, o Poder Público não pode destituir o

²⁴⁹ Comentamos sobre o conflito entre a laicidade do Estado e o princípio da igualdade e a liberdade religiosa, no que inclui a possibilidade de descanso de acordo com seu credo religioso, na nota de rodapé nº. 213.

²⁵⁰ Registra-se aqui que as Testemunhas de Jeová sustentam a crença religiosa de que a Bíblia, tanto no Velho como no Novo Testamento, os ordena a se absterem de sangue (Gênesis 9:4; Levítico 17:10; Deuteronômio 12:23; Atos 15:28, 29). Fundamentam ainda a crença religiosa, entendendo que, para Deus, o sangue representa a vida (Levítico 17:14), logo, se evitarem tomar sangue por qualquer via obedecem a Deus e o respeitam como Dador da vida (Cf. o site oficial das Testemunhas de Jeová: <<https://www.jw.org/pt/testemunhas-de-jeova/perguntas-frequentes/por-que-testemunhas-jeova-nao-transfusao-sangue/>> . Acesso em 03.nov.2017.

*indivíduo de uma liberdade básica, por ele compreendida como expressão de sua dignidade”.*²⁵¹

O mesmo autor, no entanto, estabelece condições para o exercício válido da autonomia, entendendo que somente o titular do direito fundamental, de maneira válida e inequívoca, pode dissentir da realização da transfusão de sangue. Para que seja válida, a recusa só pode ser feita por pessoa civilmente capaz em condições adequadas de discernimento para expressa-la. Para que se considere inequívoco o dissentimento, ele deve ser personalíssimo (vedada a recusa por procuração), expresso (não pode ser presumida) e atual (manifestada imediatamente antes do procedimento)²⁵².

NELSON NERY JUNIOR também entende que o poder público não pode impor a transfusão de sangue ao paciente Testemunha de Jeová, não vislumbrando a existência de conflito entre direitos fundamentais (liberdade religiosa e direito à vida) neste caso, *in verbis*:

“Fica evidente a inexistência de colisão entre direitos fundamentais (liberdade de religião vs. direito à vida), seja na colisão entre direitos fundamentais e sentido estrito ou amplo.

Em sentido estrito não existe colisão porque quando o praticante da religião Testemunhas de Jeová exerce seu direito fundamental de liberdade religiosa e se opõe a tratamentos que envolvam transfusão sanguínea em nenhuma hipótese o exercício do seu direito fundamental de liberdade religiosa acarreta o detrimento ou atinge negativamente o direito fundamental de outrem.

Em sentido amplo, não há colisão de direitos fundamentais porque, da mesma maneira do exemplo anterior, quando o paciente Testemunha Jeová se recusa a fazer tratamentos que envolvam transfusão sanguínea, em nenhum momento a pratica desse seu direito acarreta dano a um bem coletivo. Afinal, não se pode arguir que tal recusa confrontaria um interesse coletivo na preservação da vida, porque o paciente Testemunha de Jeová em nenhuma hipótese deseja a própria morte, tanto é que ele admite submissão a outros tratamentos médicos desde que não envolvam transfusão de sangue.

Destarte, não temos receio em afirmar ser ilegítima e inaplicável a invocação da teoria da ponderação de interesses para pretender respaldar decisões judiciais que obrigam praticantes de determinada religião a realizarem a transfusão de sangue. Nesse quadro, a suposta

²⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunha de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas essenciais.* Rio de Janeiro, 2010, p. 30, disponível em < <https://www.conjur.com.br/dl/testemunhas-jeova-sangue.pdf> >, acesso em 23 de outubro de 2018.

²⁵² Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunha de Jeová.* Op. Cit. 30 a 33

*ponderação de interesses entre a vida e a liberdade religiosa apresenta-se como um falso problema”.*²⁵³

Por outro lado, NELSON NERY JUNIOR não faz as mesmas exigências para a recusa que LUÍS ROBERTO BARROSO, permitindo que seja feita por pessoa incapaz, mas esclarecida, por procuração ou por terceiro nomeado, apresentando os seguintes argumentos:

“O consentimento informado do menor esclarecido, especialmente quando assistido por seus representantes, deve ser levado em consideração e respeitado pelos profissionais de saúde, não se lhe impondo, a força, um tratamento contrário a sua manifestação de vontade.

E, sendo assim, ainda em consonância com a liberdade de forma vigente para o consentimento informado, conquanto nosso ordenamento jurídico não o regulamente de modo específico, ao contrário do que fazem outros ordenamentos jurídicos, nada obsta a que um praticante da religião Testemunhas de Jeová validamente antecipe sua manifestação de vontade, documentando-a expressamente.

*Nestes termos, o paciente Testemunha de Jeová pode precaver-se contra uma situação em que possa vir a encontrar-se impossibilitado de manifestar sua vontade, externando, previa e documentalmente, seus desejos, elaborando os denominados testamentos vitais [living will] ou nomeando procurador de cuidado de saúdes [durable power of attorney for helath care], constituindo ambos expressão da proteção da liberdade e da autonomia privada”.*²⁵⁴

Entendemos também que o Estado não pode impor a transfusão de sangue quando contraria a crença da pessoa, mas quando a recusa puder por em risco a vida, acreditamos que a posição de LUÍS ROBERTO BARROSO parece mais acertada, só podendo ser aceita a recusa por pessoa capaz e diretamente, sem a intervenção de terceiros, para o médico.

A segunda hipótese, menos comum, mas com maior prejuízo ao direito à vida, ocorre quando a crença exige que a pessoa sacrifique animais e, até mesmo, outros seres humanos. Neste caso, a limitação pode acarretar interferência tanto na liberdade de crença, quanto na liberdade de culto, como será apreciado mais adiante.

²⁵³ NERY JUNIOR Nelson. Direito de liberdade e a recusa de tratamento por motivo religioso. In: *Revista de direito privado (RT)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, n. 41, jan-mar/2010, p. 243 e 244.

²⁵⁴ NERY JUNIOR Nelson. *Direito de liberdade e a recusa de tratamento por motivo religioso*. Op. Cit., p. 277 a 279

O sacrifício de animais é prática comum em religiões de matrizes africanas, fazendo parte do culto religioso e componente da crença individual dos que seguem tais doutrinas religiosas. Por outro lado, em defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, a proibição da prática vem sendo discutida pela doutrina e pela jurisprudência nacional.

No Estado do Rio Grande do Sul, o Código Estadual de Proteção aos Animais (Lei Estadual nº 11.915/2003), que estabelecia uma série de vedações a maus tratos, ofensa física e morte lenta ou não indolor ao animal, foi alterado pela Lei Estadual 12.131/2004 para trazer como exceção a tais vedações o livre exercício dos cultos e liturgias das religiões de matriz africana. Este dispositivo excetuando as vedações impostas pela norma protetora dos animais teve a sua compatibilidade com a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul questionada perante o Tribunal de Justiça do Estado, que julgou a ação improcedente ²⁵⁵. O Ministério Público do Estado, no entanto, interpôs recurso extraordinário (RE nº. 494601) da decisão da corte estadual, que ainda aguarda julgamento final pelo Supremo Tribunal Federal ²⁵⁶.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também já proferiu decisão em favor da liberdade religiosa em conflito semelhante com o direito ao meio ambiente. Trata-se da ação direta de inconstitucionalidade proposta em face da Lei do Município de Cotia nº. 1.960/2016, que proíbe a utilização, mutilação e/ou sacrifício de animais em rituais ou cultos, realizados em estabelecimentos fechados e/ou logradouros públicos, com finalidade: mística, iniciática, esotérica ou religiosa, assim como em práticas de seitas, religiões ou de congregações de qualquer natureza, no Município. O processo, que recebeu o nº. 2232470-13.2016.8.26.0000, foi julgado procedente, sendo declarada a inconstitucionalidade da norma municipal, tendo em vista a liberdade de

²⁵⁵ ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. ADI nº 70010129690, Relator(a): Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2009, publicação: Diário da Justiça do dia 30/04/2009

²⁵⁶ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 494601, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, acompanhamento disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2419108>>, acesso em 23.10.2018

crença e culto ²⁵⁷. Desta decisão, também foi interposto recurso extraordinário, que aguarda julgamento ²⁵⁸.

Entendemos que as decisões dos Tribunais de Justiça do Rio Grande do Sul e de São Paulo foram acertadas. Aplicando a regra da proporcionalidade ao conflito entre a liberdade de crença e culto e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, compreendemos que a lei que veda o sacrifício é adequada, uma vez que pouparia a vida de animal que seria sacrificado, protegendo assim a fauna, é necessária, pois não há outro meio de salvar a vida do animal que não seja a vedação ao sacrifício, porém, em ponderação de valores, prevalece a liberdade de crença e culto, na medida em que se vedada a prática, a crença e o culto, intrinsecamente ligadas ao sacrifício, perderiam suas razões de existir, podendo ocasionar o fim da doutrina religiosa, deixando sem proteção parcela da população que crê e segue aquela religião, enquanto que a vida do animal pode ser aniquilada por motivos muito menos nobres, como por exemplo quando se permite desmatamento de áreas para edificações ou cultivo do gado, fato que não provoca a morte de somente um animal, mas de vários e pode até decretar a extinção de espécies, sem contar que o animal sacrificado, em determinados casos, pode servir de sustento para seres humanos. Em suma, enquanto que a liberdade de crença pode ser totalmente aniquilada com a vedação, o meio ambiente permanece ecologicamente equilibrado ainda que sejam sacrificados alguns animais, por outro lado, violências muito mais graves ao meio ambiente são admitidas sem que haja respaldo de valores constitucionais do mesmo nível que a liberdade de crença.

Problema maior surge quando o culto ou crença exige sacrifício da vida humana, como ocorre em algumas tribos indígenas, que comentem infanticídio. Nesta situação, como o conflito envolve a vida humana, que ao contrário da vida animal, é direito fundamental individual, entendemos que o sacrifício deve ser proibido.

Como abordamos no tópico anterior, a liberdade de crença inclui o proselitismo religioso. No entanto, tal forma de expressão religiosa pode ser restringida.

²⁵⁷ ESTADO SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. ADI Processo nº 2232470-13.2016.8.26.0000, Relator(a): Salles Rossi, Órgão Especial, julgado em 17/05/2017, publicado em: 24/05/2017.

²⁵⁸ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 1096915, Relator(a): Min CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, acompanhamento disponível em: <
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5320716> >, acesso em 23.10.2018

A jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos é farta quanto ao tema do proselitismo religioso. Além do Caso *Kokkinakis v. Grécia* (1993), em outros julgados, a extensão da liberdade de crença como proselitismo é muito bem abordada.

Também envolvendo a criminalização do proselitismo pela lei grega, a Corte apreciou o Caso *Larissis e outros v. Grécia* (1998). Neste caso interposto em face da Grécia na Corte Europeia de Direitos Humanos, a situação era diversa, pois envolvia oficiais das forças aéreas gregas, integrantes de igreja pentecostal, que tentaram convencer seus subordinados e civis a deixar de seguir a Igreja Cristã Ortodoxa para aderir ao pentecostalismo, a partir da leitura de passagens bíblicas, convites e discussões, tendo sido condenados pelo crime de proselitismo, na forma em que a lei grega prevê.

Quanto ao esforço proselitista perpetrado em face de civis, não havendo hierarquia entre as partes, a Corte entendeu que se aplicaria a mesma decisão do Caso *Kokkinakis v. Grécia* (1993), considerando a condenação pelo Poder Judiciário Grego uma afronta ao disposto no artigo 9º da Convenção Europeia de Direitos Humanos, que garante a liberdade religiosa²⁵⁹.

Por outro lado, quanto à prática no serviço militar, tendo em vista a relação de hierarquia e subordinação, a Corte observou que o indivíduo de patente inferior pode ter dificuldades em repelir as abordagens proselitistas de seu superior hierárquico ou se retirar de conversa iniciada por ele, considerando legítimo que os Estados tomem medidas especiais para proteger a liberdade e os direitos dos subordinados nas forças armadas. O seguinte trecho da decisão da Corte resume o entendimento firmado neste Caso:

50. A Corte observa que está bem definido que a Convenção é aplicável, em princípio, aos membros das forças armadas, da mesma forma que aos civis. No entanto, ao interpretar e aplicar suas normas em casos como o presente, é necessário ter em mente as características particulares da vida militar e seus efeitos sobre a situação de membros individuais das forças armadas.

²⁵⁹ Vide nota de rodapé nº. 228.

*51. A este respeito, o Tribunal observa que as estruturas hierárquicas que são uma característica da vida nas forças armadas podem colorir todos os aspectos das relações entre militares, tornando difícil para um subordinado rejeitar as abordagens de um indivíduo de hierarquia superior, ou se retirar de uma conversa iniciada por ele. Assim, o que no mundo civil seria visto como uma troca inócua de ideias, em que o recipiente é livre de aceitar ou rejeitar, pode, dentro dos limites da vida militar, ser visto como uma forma de assédio ou utilização de pressão indevida em abuso de poder. Deve ser enfatizado que nem toda discussão sobre religião ou outras questões sensíveis entre indivíduos de posição desigual se enquadra nesta categoria. Não obstante, quando as circunstâncias assim o exigirem, os Estados poderão ter justificativa para adotar medidas especiais para proteger os direitos e liberdades dos membros subordinados das forças armadas*²⁶⁰.

Desta forma, de acordo com a Corte Europeia de Direitos Humanos, embora o proselitismo faça parte da liberdade religiosa, pode haver restrição, especialmente para proteger os subordinados nas forças armadas, a fim de evitar assédio ou abuso de poder por parte de militares com patentes superiores. Registra-se que a Corte enfatizou que nem toda discussão sobre religião ou outras questões sensíveis entre indivíduos de posição desigual são abusivas ou atentatórias à liberdade, tendo concluído que apenas parte das condenações pelas cortes gregas estavam em consonância com a Convenção, na medida em que os atos praticados em face de algumas vítimas, ainda que subordinados hierarquicamente, não foram considerados abusivos.

Questão interessante, ainda no tocante ao proselitismo religioso, é a publicidade, através dos meios de comunicação, da mensagem religiosa e dos horários de cultos religiosos.

A Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que a limitação da propaganda religiosa por meio audiovisual não ofende a liberdade de crença (Caso *Murphy v. Irlanda* – 2003).

No caso irlandês, o próprio Estado parte permitiu a propaganda por outros meios de comunicação, como a imprensa escrita (inclusive jornais). Além disso, a Corte Europeia entendeu que, como o tempo de publicidade é comprado, grupos religiosos

²⁶⁰ FRANÇA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso *Larissis e outros v. Grécia* (140/1996/759/958-960). Tradução livre. Estrasburgo. 24 de fevereiro de 1998. disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58139>>. Acesso em 23 de outubro de 2018.

com maior poder econômico poderiam usar de forma desequilibrada o tempo nos meios de comunicação audiovisuais, compreendendo que a mesma vedação não deveria ser imposta a cobertura de assuntos religiosos através da programação, incluindo documentários, debates, filmes, discussões e cobertura ao vivo de eventos religiosos e ocasiões. Foram os seguintes os fundamentos apresentados pela Corte Europeia:

“Além disso, a proibição apenas dizia respeito à publicidade. A Corte considera que esta limitação reflete uma distinção razoável feita pelo Estado entre, por um lado, a compra de tempo de transmissão para anunciar e, por outro, a cobertura de assuntos religiosos através da programação (incluindo documentários, debates, filmes, discussões e cobertura ao vivo de eventos religiosos e ocasiões). A programação não é transmitida porque uma parte adquiriu tempo de antena e, conforme delineado pelo Governo, deve ser imparcial, neutra e equilibrada, o valor objetivo de qual obrigação as partes não contestaram. O requerente manteve o mesmo direito que qualquer outro cidadão para participar de programas em questões religiosas e para que os serviços da sua igreja sejam transmitidos nos meios audiovisuais. A publicidade, no entanto, tende a ter um objetivo nitidamente parcial: não pode ser e não está, portanto, sujeito ao princípio de imparcialidade acima delineado e o fato de que o tempo de publicidade é comprado se inclinaria em favor do uso desequilibrado por grupos religiosos com maiores recursos e publicidade²⁶¹.

No Brasil, percebe-se que muitas igrejas são proprietárias de canais de televisão e de rádio ou usam de seu poder econômico para comprar horários a fim de divulgar seus eventos religiosos e anunciar sua crença. Nota-se conflito entre a liberdade de proselitismo (inserida na liberdade de crença) e o princípio da neutralidade do Estado, especialmente se levarmos em consideração que o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens depende de outorga dos poderes públicos, nos termos do artigo 223 da Constituição Federal²⁶², bem como deve se submeter aos princípios estabelecidos no artigo 221 da Constituição²⁶³.

²⁶¹ FRANÇA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Caso Murphy v. Irlanda (*Application no. 44179/98*). Tradução livre. Estrasburgo. 10 de julho de 2003. disponível em: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61207>>. Acesso em 23 de outubro de 2018

²⁶² **Art. 223, CF/88:** *Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.*

§ 1º O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, § 2º e § 4º, a contar do recebimento da mensagem.

§ 2º A não renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal.

§ 3º O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores.

Neste sentido, JOANA ZYLBERSTAJN conclui pela violação ao princípio da laicidade:

*“O Estado, por meio da concessão de radiodifusão a determinada Igreja, está, de certa forma, subvencionando aquela religião específica. Evidentemente, como este espaço não é oferecido nas mesmas proporções a outras religiões, nos deparamos com eventual violação da laicidade do Estado, seja pela exigência de igualdade, seja pela separação entre Estado e Igreja”.*²⁶⁴

A concessão do serviço de radiodifusão à entidade religiosa, portanto, tendo em vista a impossibilidade de ampliação do espectro eletromagnético a fim de permitir que todas as organizações religiosas interessadas possuam sua própria emissora e possam concorrer com entidades públicas e privadas não confessionais e interessadas em usar do serviço para fim diverso, como o entretenimento ou para divulgar notícias ou manifestações culturais, por exemplo, viola o princípio da laicidade²⁶⁵.

§ 4º O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

§ 5º O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emissoras de rádio e de quinze para as de televisão.

²⁶³ **Art. 221, CF/88:** A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

²⁶⁴ ZYLBERSZTAJN, Joana. *A laicidade do Estado Brasileiro*. Op. Cit. p. 140.

²⁶⁵ Em sentido contrário, ANDRÉ RAMOS TAVRES defende a concessão do serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens a organizações religiosas, *in verbis*:

“O Estado laico pode, sim, auxiliar na promoção das religiões, desde que não tome para si um determinado discurso religioso (enquanto oficial). É dizer, o Estado pode, sim, fornecer meios para que as religiões se expressem (concessão de ondas de rádio), desde que não realize juízo discriminatório quando da alocação dos recursos entre as diversas religiões interessadas. Aplicando este raciocínio ao caso da vedação constante do art. 4º, §1º, da Lei n. 9.612/99, o qual veda(ria) o proselitismo, inclusive religioso, tem-se que esta norma não poderá encontrar fundamento constitucional na ideia de Estado laico, constante do art. 19, I, da CB. Aqui a Constituição não está a proibir que particulares, por meio de instrumentos ou bens detidos e controlados pelo Estado, possam professar uma dada religião, mas sim que o Estado não pode, em seu próprio nome, professorar uma determinada religião, excluindo as demais, ou, ainda, atuar como um verdadeiro ‘gatekeeper’, definindo qual religião pode ter sua voz veiculada e quais não. Se não está essa interpretação ancorada no art. 19, inc. I, da CB, estará, inevitavelmente, afrontando o art. 5º, VI, da CB”.

(TAVARES, André Ramos. *O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização*. 2009, disponível em <http://www.cjlp.org/direito_fundamental_discurso_religioso.html>, acesso em 23 de outubro de 2018).

Por outro lado, não entendemos que na programação dos meios de comunicação sonoros ou televisuais há de ser vedada a transmissão de eventos religiosos ou de programas destinados a manifestações religiosas, inclusive, as que visem universalizar a crença, cooptando novos adeptos. O proselitismo religioso não é vedado constitucionalmente, muito pelo contrário, é protegido no seio da liberdade de crença. Assim, é legítima a utilização de horário da grade de programação para programas religiosos, o que, além de contribuir com a liberdade de crença, na qual se insere a liberdade de mudar de crença, há fortalecimento da liberdade de culto, viabilizando o acesso a manifestações religiosas por pessoas religiosas, que por diversas razões, não estão aptas a comparecer ao templo de sua crença.

O proselitismo, no entanto, era expressamente vedado nas emissoras de radiodifusão comunitárias, em que o alcance é restrito a determinada comunidade, como bairro ou vila. É o que se extrai da Lei Federal nº. 9.612/99, que vedou o proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária (art. 4º, §1º, da Lei ²⁶⁶).

O Supremo Tribunal Federal (STF), no entanto, com fundamento nas liberdades religiosa e de expressão, assim como a vedação à censura prévia (art. 220, §2º ²⁶⁷),

²⁶⁶ **Art. 4º. Lei 9.612/98:** *As emissoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária atenderão, em sua programação, aos seguintes princípios:*

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas em benefício do desenvolvimento geral da comunidade;

II - promoção das atividades artísticas e jornalísticas na comunidade e da integração dos membros da comunidade atendida;

III - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, favorecendo a integração dos membros da comunidade atendida;

IV - não discriminação de raça, religião, sexo, preferências sexuais, convicções político-ideológico-partidárias e condição social nas relações comunitárias.

§ 1º É vedado o proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária.

§ 2º As programações opinativa e informativa observarão os princípios da pluralidade de opinião e de versão simultâneas em matérias polêmicas, divulgando, sempre, as diferentes interpretações relativas aos fatos noticiados.

§ 3º Qualquer cidadão da comunidade beneficiada terá direito a emitir opiniões sobre quaisquer assuntos abordados na programação da emissora, bem como manifestar idéias, propostas, sugestões, reclamações ou reivindicações, devendo observar apenas o momento adequado da programação para fazê-lo, mediante pedido encaminhado à Direção responsável pela Rádio Comunitária.

²⁶⁷ **Art. 220, CF/88:** *A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.*

(...)

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

julgou inconstitucional o artigo 4º, §1º, da Lei Federal nº. 9.612/98 na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2566.

Assim, entende o Supremo Tribunal Federal que, até mesmo nas rádios comunitárias, em que se prega o pluralismo de ideias, com a expressão da comunidade local, em baixa frequência e de alcance limitado, atuando com exclusividade na localidade, pois não pode haver mais uma autorização para exploração do Serviço de Radiodifusão Comunitária, o proselitismo não pode ser vedado *a priori* ²⁶⁸.

O exercício do proselitismo religioso também pode encontrar limites quando o discurso em busca de novos seguidores provoca discriminação e ódio, como estudaremos nos próximos tópicos e no capítulo seguinte.

3.4 Liberdade de culto

O segundo direito derivado da liberdade religiosa é a liberdade de culto, que se expressa em atos, ritos, celebrações, cerimônias, orações, realizadas coletivamente, em nome de uma divindade. O culto, geralmente, é o momento em que o religioso adora e homenageia o objeto de sua crença, agradecendo por suas conquistas, se desculpando por seus erros e solicitando proteção e graça ²⁶⁹.

²⁶⁸ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2566, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 16/05/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULG 22-10-2018 PUBLIC 23-10-2018, disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748485216> >, acesso em 23.10.2018

²⁶⁹ A liberdade de culto não se confunde com a liberdade de crença exteriorizada.

Neste sentido, SAMPAIO DÓRIA ensina:

“A liberdade de culto já é coisa diferente. Consiste na prática em público de atos que os crentes se comunicam, direta ou indiretamente, com o Deus que adorem. Para a reunião dos fiéis, erijem templos; celebram, em seus altares, as orações coletivas, cerimônias, como a encomendação dos mortos, a missa. As cerimônias podem, com seu ritual, sair às ruas, como as procissões, em cujos andores vão paramentados os símbolos de suas divindades. Já não se trata, na prática do culto, apenas, de publicarem os indivíduos sua crença num poder sobrenatural invisível. Mas de praticarem eles atos, para prestar em público, coletivamente, a este poder onipotente, homenagens, fidelidade devota, ou lhes solicitar graças, milagres, ou proteção”.

(SAMPAIO DÓRIA, Antônio de. *Direito constitucional*. Op. Cit., p. 739)

No mesmo sentido é a lição de PONTES DE MIRANDA:

A liberdade de culto é direito fundamental, assegurado em si e não só institucionalmente. Em todo caso, entre ela e a liberdade de consciência, com que os desavisados a confundem, existe diferença, de graves consequências práticas. Compreendem-se na liberdade de culto a de orar e a de praticar os atos

Boa parte das religiões encontram no culto o principal meio de conexão entre os crentes e aproximação com o sobrenatural. No entanto, crença e culto podem sobreviver isoladamente, sendo possível identificar crença sem culto ²⁷⁰ e culto sem crença ²⁷¹.

Apesar de inconfundíveis no plano fático, crença e culto merecem, no mesmo grau de importância, proteção constitucional. Assim, a Constituição Federal de 1988 assegurou o livre exercício dos cultos religiosos no mesmo artigo 5º, VI, que tornou inviolável a liberdade de crença.

Nem sempre na história do Brasil, a Constituição garantiu a liberdade de crença, acompanhada da liberdade de culto. Já foi garantida tão somente a liberdade de crença, sem liberdade de culto ²⁷². A Constituição do Império definia a religião católica apostólica romana como a religião oficial, mas permitia a existência de outras religiões, desde que com cultos domésticos ou particulares, em casa com tal destinação, porém sem forma alguma exterior do templo (artigo 5º da Constituição de 1824 ²⁷³).

próprios das manifestações exteriores em casa ou em público, bem como a de recebimento de contribuições para isso.

(PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. I, de 1969 (tomo V. Arts. 153, §2º - 159)*. Op. Cit., p. 129).

²⁷⁰ No capítulo 2 desta tese, incluímos no conceito de religião a religião individual. Tal forma de religiosidade existe e cresce, mesmo com a impossibilidade de culto, eminentemente coletivo. Além disso, boa parte dos que seguem determinada fé religiosa, não participam dos cultos. No Brasil, por exemplo, o número de católicos não praticantes supera o dos que frequentam missas, compondo massa de pessoas que não abrem mão de sua crença, mas que dispensam o culto.

²⁷¹ É possível identificar, também, a existência de ritos, celebrações, festas, que sobrevivem, de geração em geração, mas que não se ligam mais à crença religiosa que provocaram o seu surgimento. Os mitos, as lendas, o folclore, representam uma diversidade de crenças dissociadas dos textos e da doutrina religiosa seguida pela maior parte da população, mas que permanecem na cultura popular pela forma como foram transmitidos por nossos antepassados. Junto com o folclore, permanecem vivas celebrações e festas, nascidas antes do cristianismo, com o fim de cultuar divindades destituídas de crentes no mundo atual, mas que se transmite pela tradição entre cristãos. É o caso do carnaval, das festas juninas e do Halloween, por exemplo.

ÉMILE DURKHEIM já identificava a existência de tais cultos, que consistem em fenômenos religiosos, mas sem conexão com a crença em determinada religião. Nas palavras do sociólogo:

“Existem fenômenos religiosos que não dizem respeito a nenhuma religião determinada. É o caso dos que constituem a matéria do folclore. Em geral, são restos de religiões desaparecidas, sobrevivências inorganizadas; mas há outros também que se formaram espontaneamente sob a influência de causas locais. Nos países europeus, o cristianismo esforçou-se por absorvê-los e assimilá-los; imprimiu-lhe uma cor cristã. Todavia, muitos deles persistiram até uma data recente ou persistem ainda com uma relativa autonomia: festa da árvore de maio, do solstício de verão, do carnaval, crenças diversas relativas a gênios, a demônios, etc.”

(DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália*. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1996, 4ª tiragem: 2009, pp. 18 e 19).

²⁷² Cf. BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. Op. Cit. p. 300.

²⁷³ Vide nota de rodapé nº. 123.

Para garantia da liberdade de culto cumpre ao Estado, principalmente, o dever de abster-se de perturbar o culto, bem como reprimir e sancionar interferência indevidas de terceiros nos atos, celebrações e ritos religiosos ²⁷⁴. Tal liberdade tem, portanto, essencialmente vetor negativo, que se cumpre pela abstenção do Estado.

O dever do Estado permitir livre acesso ao culto religioso ganha maior relevo quanto às pessoas restritas de liberdade. Com a finalidade de propiciar liberdade de culto a tais pessoas, a Constituição Federal de 1988 assegura a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, na forma da lei (artigo 5º, VIII ²⁷⁵).

A referida disposição constitucional, complementada pela legislação ordinária ²⁷⁶, viabiliza o exercício da liberdade de culto, inclusive, pelas pessoas que se encontram em estabelecimentos de internação coletiva. No entanto, o dever do Estado exaure-se com a permissão da entrada e a disponibilização de espaço para realização do ato religioso, ou seja, não cabe ao Estado celebrar o culto ou prestar diretamente a assistência religiosa, o que acabaria por violar o princípio da laicidade. Assim, a assistência só pode ser fornecida por pessoa habilitada pelas distintas instituições religiosas, incumbindo ao Estado permitir a sua ocorrência no estabelecimento de internação coletiva.

²⁷⁴ Cf. MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Op. cit., p. 307

²⁷⁵ Art. 5º, VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva;

²⁷⁶ Para as pessoas que se encontram em estabelecimentos prisionais, a Lei de Execuções Penais (Lei Federal nº. 7.672/88) assegura a assistência religiosa aos presos em seu artigo 24, *in verbis*:

Art. 24. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa.

§ 1º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos.

§ 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

O mesmo direito é assegurado aos adolescentes internados, que poderão, se assim desejarem, receber assistência de acordo com a sua crença (artigo 124, XIV, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei Federal n. 8.069/90), sendo obrigação da entidade que desenvolva programa de internação propiciar a referida assistência (artigo 94, XII, do ECA).

Ainda quanto à assistência religiosa, cumpre notar que a Constituição Federal de 1988, fixou regra diversa das Constituições anteriores no trato do assunto ²⁷⁷.

Em primeiro lugar, nos textos constitucionais de 1946 ²⁷⁸, 1967 ²⁷⁹ e 1969 ²⁸⁰, a norma garantia a assistência religiosa também às forças armadas, já, a Constituição de 1934 abrangia, além das expedições militares e dos estabelecimentos prisionais, hospitais e outros estabelecimentos oficiais ²⁸¹. Embora a Constituição de 1988 tenha sido omissa quanto à assistência religiosa aos membros das forças armadas e nos estabelecimentos hospitalares, a lei ordinária pode prever e regulamentar tal assistência aos que, por qualquer motivo, estejam impedidos de livremente frequentar o culto de seu credo, como forma de dar efetividade a liberdade de culto, direito fundamental previsto no artigo 5º, VI.

E a legislação infraconstitucional prevê a assistência religiosa tanto nas forças armadas, quanto nos estabelecimentos hospitalares, como se nota, respectivamente, da Lei Federal nº. 6.923/81 e da Lei Federal nº. 9.282/2000.

Além disso, as Constituições anteriores dispunham que a assistência religiosa deveria ser prestada somente por brasileiros. A restrição poderia até ser compreensível, uma vez que a assistência abrangia as forças armadas. Como na Constituição de 1988 os destinatários são apenas os internos de entidade de internação coletiva, não há razão para exigir que o prestador da assistência seja brasileiro. Porém, a lei, em situações especiais, pode exigir tal requisito ²⁸².

²⁷⁷ Vale lembrar que as Constituições de 1824, de 1891 e de 1937 nada dispunham sobre a assistência religiosa nos estabelecimentos de internação coletiva.

²⁷⁸ Art. 141, §9º, CF/46: Sem constrangimento dos favorecidos, será prestada por brasileiro (art. 129, nº 5 I e II) assistência religiosa às forças armadas e, quando solicitada pelos interessados ou seus representantes legais, também nos estabelecimentos de internação coletiva.

²⁷⁹ Art. 150, §7º, CF/67: Sem constrangimento dos favorecidos, será prestada por brasileiros, nos termos da lei, assistência religiosa às forças armadas e auxiliares e, quando solicitada pelos interessados ou seus representantes legais, também nos estabelecimentos de internação coletiva.

²⁸⁰ Art. 153, §7º, EC nº 1/69: Sem caráter de obrigatoriedade, será prestada por brasileiros, nos termos da lei, assistência religiosa às forças armadas e auxiliares, e, nos estabelecimentos de internação coletiva, aos interessados que solicitarem, diretamente ou por intermédio de seus representantes legais.

²⁸¹ Art. 113, 6, CF/34: Sempre que solicitada, será permitida a assistência religiosa nas expedições militares, nos hospitais, nas penitenciárias e em outros estabelecimentos oficiais, sem ônus para os cofres públicos, nem constrangimento ou coação dos assistidos. Nas expedições militares a assistência religiosa só poderá ser exercida por sacerdotes brasileiros natos.

²⁸² Cf. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. Op. Cit. p. 95.

É o caso da assistência religiosa nas Forças Armadas, em que há determinação que o capelão militar – sacerdote, ministro religioso ou pastor responsável pela assistência – seja brasileiro nato (art. 18, I, Lei Federal nº. 6.923/81).

Desta forma, tendo analisado o alcance da liberdade de culto, tanto para os que podem por meios próprios frequentar os locais destinados aos atos e ritos religiosos, quanto para os que, por diversas razões, estão sujeitos a limitações à liberdade de locomoção, impossibilitando o comparecimento ao templo e necessitando da assistência religiosa, resta estudar os limites à liberdade de culto.

3.4.1 Limites à liberdade de culto

A liberdade de culto, como qualquer direito fundamental, não é absoluta, podendo colidir com outro direito de mesmo patamar. Assim, é necessário compreender as possíveis restrições ao culto.

Como registrado aqui, a liberdade de culto passou da ampla restrição, que havia no Império, quando era vedado o culto público de qualquer credo que não fosse o católico, para a maior liberdade, que se observa na atualidade. No entanto, as religiões minoritárias, mesmo após a Proclamação da República, encontraram diversos obstáculos para realizar suas cerimônias e atos religiosos.

Até a Constituição de 1988, a liberdade de culto tinha limites expressos no texto constitucional, que eram a ordem pública e os bons costumes²⁸³.

Tais limites, tendo em vista a subjetividade dos termos “ordem pública” e “bons costumes”, conferiam carta branca ao intérprete constitucional para restringir indevidamente a liberdade de culto, especialmente de credos minoritários²⁸⁴.

²⁸³ Salvo a Constituição de 1891 e a atual, todas as demais cartas constitucionais brasileiras, que asseguraram a liberdade de culto, estabeleciam como limite expresso o respeito à ordem pública e aos bons costumes.

²⁸⁴ Exemplo de restrição à liberdade de culto com fundamento na proteção à ordem pública e aos bons costumes pode se conferir no Mandado de Segurança nº. 1.114, julgado 1949 pelo Supremo Tribunal Federal. O histórico julgamento negou, com fundamento na ordem pública, a realização de cultos públicos por bispo da Igreja Católica Apostólica Brasileira (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS

Felizmente, a Constituição Federal de 1988 retirou tal limite expresso à liberdade de culto. Porém, mesmo após a promulgação da atual Constituição, sob o argumento de evitar poluição sonora, o Poder Público já chegou a determinar o fechamento de templo religioso e impedir a realização de culto não majoritário.

MILTON RIBEIRO, em obra sobre a liberdade religiosa, cita alguns julgados permitindo o fechamento de templos em razão da poluição sonora. O referido autor, após diagnosticar, que o argumento só é utilizado em detrimento de credos minoritários questiona:

*“Nota-se, claramente, o desequilíbrio no arbítrio da suposta norma reguladora sobre a religião da minoria. Já passou pela mente ou pelo entendimento de algum julgador que um não-católico poderia se sentir incomodado com as badaladas de um sino às três ou quatro horas, se morasse nas vizinhanças de um templo católico?”*²⁸⁵

Importa ressaltar, aqui, que não se defende a completa imunidade dos templos e cultos quanto às regras de direito de vizinhança, visto que tais normas protegem também as pessoas afetadas pelo barulho oriundo de cerimônia religiosa. No entanto, quando a poluição sonora é provocada por ato religioso, tendo em vista a importância da crença religiosa para as pessoas envolvidas no culto e o interesse social na celebração, o conflito pende em favor do culto. Isso não quer dizer que eventuais abusos possam ser reprimidos, desde que não partam de preconceitos, discriminando determinados credos religiosos, ou impeçam, de qualquer maneira, a realização do culto.

1114, Relator(a): Min. LAFAYETTE DE ANDRADA, Tribunal Pleno, julgado em 17/11/1949, DJ 26-01-1950 PP-00878 Revista Archivo Judiciário VOL-00101-01 PP-00006, disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629742> >, acesso em 23.10.2018). Em face da indevida restrição, PONTES DE MIRANDA teceu os seguintes comentários sobre o julgamento:

“No Mandado de Segurança n. 1.114, de 17 de novembro de 1949, pôs-se a nu a profunda regressão política de que foi vítima, não o povo brasileiro, que, esse, impôs a ordem liberal e democrática sempre que o não traíram, mas a camada dirigente subordinada, em grande parte, a uma das três forças internacionais (o capitalismo internacional, a Igreja Católica e o comunismo). Trata-se de remédio jurídico impetrado por bispo, dissidente, que pretendia fundar Igreja nacional. Os votos foram medievais. Lutero, se ressuscitasse e pedisse mandado de segurança, não o teria obtido. Para os juízes, Roger Williams não existiu”.

(PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. I, de 1969* (tomo V. Arts. 153, §2º - 159). Op. Cit., p. 133).

²⁸⁵ RIBEIRO, Milton. *Liberdade religiosa: uma proposta para debate*. São Paulo: Editora Mackenzie, 2002, p. 44

A restrição a liberdade de culto, ainda que implicitamente, não pode servir como forma de discriminação de culto menos popular ou menos tradicional, só podendo se concretizar diante de conflito com outras garantias fundamentais ²⁸⁶.

É o caso do conflito entre a liberdade de culto e o direito à vida, por exemplo, que pode ocorrer, quando a celebração religiosa demanda sacrifício da vida humana. Neste caso, o ato religioso não pode ser permitido, pois em ponderação de valores, o direito à vida prevalece ²⁸⁷.

O culto religioso, em certos casos, pode conter manifestações preconceituosas, intolerantes e de ódio contra determinados grupos, em razão do gênero, orientação sexual ou raça, podendo conflitar com outros valores constitucionalmente assegurados.

O discurso do ódio (*hate speech*) não tem respaldo no direito brasileiro, que, em sede constitucional, traçou como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV), bem como definiu que a lei punirá qualquer ²⁸⁸ discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI).

O Supremo Tribunal Federal, em caso emblemático, reconheceu que a liberdade de expressão não pode abrigar em sua abrangência manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal, como o crime de racismo. Trata-se do HC 82.424, impetrado por Siegfried Ellwanger, condenado pelo crime de racismo por ter escrito,

²⁸⁶ Na literatura brasileira, interessante é o caso narrado por JORGE AMADO no celebre livro *Capitães de Areia*, conhecido como a *Aventura de Ogum*. Neste episódio, a polícia levou a estátua de Ogum e a deixou numa sala de detidos. Don’Aninha, a mãe-de-santo, pede ajuda aos capitães de areia para resgatar a estátua. A indignação da personagem Don’Aninha retrata o sentimento e vivência de muitos seguidores das religiões de matriz africana:

“Não deixam os pobres viver... Não deixam nem o deus dos pobres em paz. Pobre não pode dançar, não pode cantar pra seu deus, não pode pedir uma graça a seu deus – sua voz era amarga, uma voz que não parecia da mãe-de-santo Don’Aninha – Não se contentam de matar os pobres a fome... Agora tiram os santos dos pobres... – e alçava os punhos”.

(AMADO, Jorge. *Capitães de Areia*. 122ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 87)

²⁸⁷ Tratamos do conflito entre a liberdade de culto e a vida de animal no tópico 3.3.1 – Limites à liberdade de crença.

²⁸⁸ Entre as formas de preconceito, o racismo foi tratado com mais rigor pelas normas nacionais, constituído como crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão (art. 5º, XLII, CF). Além disso, a Lei Federal nº. 7.716/89 definiu os tipos penais, entre os quais o de praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, cuja a pena é de reclusão de um a três anos e multa (art. 20).

editado e publicado diversos livros com conteúdo antissemita, negando a ocorrência do Holocausto e atribuindo características negativas aos judeus ²⁸⁹.

Assim, manifestações que incitem o ódio, discriminando mulheres, homossexuais ou, até mesmo, praticantes de outras religiões, devem, na maior medida do possível, serem evitadas e combatidas com rigor.

No entanto, quando as manifestações odiosas são proferidas no contexto religioso, em culto, ou publicação relacionada a dogma de fé, surge conflito entre bens fundamentais de difícil solução, pois implica na ponderação de valores como as liberdades de crença, culto e de expressão em face do combate ao preconceito e a discriminação, como forma de garantir a dignidade da pessoa humana.

Nesta hipótese, não é sempre que a manifestação preconceituosa e discriminatória haverá de ser reprimida, sob pena de transformar a censura na regra, ao invés da exceção. Neste sentido, DANIEL SARMENTO, discorrendo sobre a liberdade de expressão e o discurso do ódio, ensina:

“É possível ver preconceito em toda parte. Nenhuma obra artística ou literária resiste incólume ao escrutínio de algum militante desconstrutivista, que nela procure significados latentes ou símbolos ocultos de racismo, sexismo, homofobia ou alguma outra forma de opressão ou preconceito.

Mas o pior não é isso. Exageros à parte, talvez estes caçadores de vício tenham a sua dose de razão. Afinal, vivemos todos numa sociedade impregnada pelo preconceito, cujas práticas sociais tendem a reproduzir e reforçar as suas estruturas de hierarquia e dominação. Assim, como seres enraizados, somos todos de alguma maneira racistas, machistas e homofóbicos, ainda que às vezes sem saber. Por isso, grande parte dos nossos atos expressivos certamente contém, ainda que de maneira velada, os traços destas nossas pré-compreensões desigualitárias.

Portanto, se o Estado fosse censurar e reprimir cada ato comunicativo que contivesse rastros de preconceito e intolerância contra grupos estigmatizados, não sobraria quase nada. O resultado seria uma sociedade amordaçada, com uma esfera pública empobrecida e sem espontaneidade, sobre a qual reinariam soberanos os censores de plantão, sejam eles administradores ou juízes politicamente corretos. A utopia do respeito mútuo no discurso

²⁸⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 82424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524, disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052> >, acesso em 23.10.2018.

*público converter-se-ia na triste distopia de uma sociedade conformista e sem vitalidade, cativa de ortodoxias morais inquestionáveis”*²⁹⁰.

Desta forma, somente o caso concreto pode indicar se a manifestação religiosa deve ou não ser reprimida²⁹¹. No entanto, alguns parâmetros devem ser seguidos na ponderação²⁹², impedindo exageros restritivos, que possam atacar a essência da crença. O argumento do discurso do ódio não pode, por exemplo, servir como fundamento para impedir a reprodução da bíblia ou do alcorão, por terem passagens machistas ou pelo

²⁹⁰ SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*. 2006, disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>, acesso em 23 de outubro de 2018

²⁹¹ No capítulo seguinte, vamos analisar dois casos em que o Supremo Tribunal Federal abordou o conflito entre a liberdade religiosa e o discurso do ódio. Trata-se do RHC 134682 / BA e do RHC 146303 / RJ, que serão aprofundados no item 4.2 desta tese.

²⁹² DANIEL SARMENTO indica parâmetros para ponderação de interesses entre a liberdade de expressão e a vedação ao discurso do ódio (*hate speech*). Alguns desses parâmetros são essências para a solução do conflito, quando a questão envolve, também, a liberdade religiosa. Assim, convém transcrevê-los aqui, pois devem ser utilizados na solução do conflito em questão:

“A categorização do hate speech, por ensejar restrições à liberdade de expressão, não deve ser banalizada. Não há espaço para que o intérprete se engaje em abstrusas desconstruções dos atos expressivos, visando encontrar preconceitos e mensagens discriminatórias ocultas, para assim fundamentar limitações às liberdades comunicativas. Só as manifestações explícitas de ódio, intolerância e preconceito contam para este fim. As demais podem e devem ser desmontadas e combatidas, mas através da crítica pública e não da repressão juridicamente institucionalizada”.

“Quando a liberdade de expressão estiver associada à liberdade religiosa, ela deve assumir um peso maior na ponderação de interesses. Não se deve admitir, em princípio, restrições à divulgação dos credos religiosos pelo fato de envolverem intolerância em relação aos adeptos de outras crenças ou aos membros de determinados grupos. É absolutamente ilegítimo que o Estado se converta em árbitro da legitimidade dos dogmas de fé”.

“A decisão sobre a proporcionalidade de uma restrição à liberdade de expressão relacionada à obra que contenha hate speech não tem como ignorar o valor artístico, teórico ou científico da obra como um todo. Não há como censurar um Shakespeare, proibir a venda dos livros de Nietzsche que também tenham manifestações de antissemitismo, nem quicá interditar a circulação das obras de Aristóteles e Platão em que constem afirmações sobre a inferioridade da mulher”.

“O grau de dor psíquica, angústia, medo ou vergonha que as manifestações de ódio, intolerância e desprezo motivadas por preconceito possam provocar nos seus alvos é um critério extremamente importante na ponderação, já que, de um dos lados da balança, trata-se exatamente de proteger os direitos humanos das vítimas destas manifestações”.

“A composição do auditório das mensagens do hate speech constitui outro critério importante. Quando ele é integrado também por crianças e adolescentes, há um argumento adicional para a restrição e repressão dos atos comunicativos abusivos. De fato, se não é possível, a princípio, falar em ofensa aos direitos dos ouvintes adultos que não sejam os alvos das manifestações, porque se deve presumir que eles, como seres racionais e competentes, têm o discernimento necessário para formarem as suas convicções a partir das ideias com que entram em contato, o mesmo não vale para as crianças e adolescentes, que estão em pleno processo de formação das suas identidades. Ademais, é quase sempre na infância e na adolescência que surgem os desvios de personalidade geradores do hate speech. Portanto, combater a disseminação, nesta fase da vida, das ideias de ódio e preconceito contra minorias, é contribuir para a formação de adultos mais tolerantes e aumentar as chances de que tenhamos, no futuro, uma sociedade mais harmônica e menos opressiva”.

(SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*. 2006, disponível em: <<http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>>, acesso em 23 de outubro de 2018).

suposto incentivo ao preconceito contra homossexuais, na medida em que tais livros consistem no fundamento máximo da crença e servem como base para a doutrina religiosa, aniquilando a liberdade de religião. Por outro lado, quando a pregação, homilia, a jihad menor ou qualquer outra forma de discurso religioso no culto pode provocar reação imediata da audiência mediante atos de violência contra grupos da sociedade, tais como agressões, atentados contra a vida ou a segurança pública, as palavras ainda que ditas no contexto religioso devem ser reprimidas ²⁹³.

É o caso das *fighting words*, doutrina elaborada pela jurisprudência dos Estados Unidos da América no Caso *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942), que permite a prevenção e punição de discursos inflamados que incitam violação imediata a paz ²⁹⁴.

Tal conduta violenta não pode ser confundida com o proselitismo religioso, que se limita ao discurso e ao convencimento. Como ensina ANDRÉ RAMOS TAVARES, “*proselitismo visa a conversão de membros de outras religiões e não a sua destruição. O êxito de uma dada igreja há de se dar pela conversão dos membros das demais, e não pela destruição destes*” ²⁹⁵.

Outra possível restrição à liberdade de culto pode estar no local do culto. De modo geral, as religiões que dependem de cultos possuem locais próprios para suas celebrações, os templos ²⁹⁶. No entanto, muitos ritos religiosos podem ser praticados fora do templo, em locais públicos ou privados. Quando o culto ocorre em ambientes públicos, pode haver conflito com outros direitos fundamentais. Se a celebração religiosa ocorrer em local aberto ao público, até para que se possa impedir que manifestação ou outra reunião de qualquer natureza seja marcada para o mesmo local na mesma data e horário, bem como para a boa organização da segurança e do trânsito de veículos nas proximidades, especialmente quando a celebração envolve muitos

²⁹³ Exemplo desta situação é a conduta do pastor Tupirani Da Hora Lores, que foi condenado por sua pregação que provocou atentado contra Centro Espírita, como aprofundaremos no tópico 4.2.

²⁹⁴ Cf. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942). Washington. 9 de março de 1942. disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/315/568/> >. Acesso em 23 de outubro de 2018.

²⁹⁵ TAVARES, André Ramos. *O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização*. 2009, disponível em < http://www.cjlp.org/direito_fundamental_discurso_religioso.html, >, acesso em 23 de outubro de 2018.

²⁹⁶ No próximo tópico aprofundaremos a proteção constitucional do templo

participantes, se impõe a obrigação de comunicar a autoridade competente ²⁹⁷, na forma do artigo 5º, XVI, da Constituição Federal ²⁹⁸.

Conflito de outra natureza pode se dar quando o culto ocorre habitualmente dentro de prédios públicos, como Casa Legislativa ou edifício do Poder Judiciário, para atender interesse privado dos membros do Poder Público. Exemplo desta situação é a celebração habitual de cultos evangélicos na Câmara Municipal de São Paulo, por iniciativa de Vereadores em associação com entidades religiosas ²⁹⁹.

Neste caso, liberdade de culto colide com o princípio da laicidade, pois provoca confusão entre o Estado e a religião. Os edifícios que são sedes de Poderes da República ou de ente da Federação constituem bens públicos de uso especial, ou seja, são destinados à prestação da função pública de tais órgãos. Quando o espaço público de uso especial é utilizado para fim religioso, sem autorização constitucional ³⁰⁰, estamos diante de violação ao princípio do Estado laico, que nem mesmo em favor da liberdade de culto pode prevalecer.

3.5 Liberdade de organização religiosa:

Como forma de proteção à liberdade de culto e crença, é garantida a liberdade de associação religiosa, possibilitando a formação e organização das religiões, que permitem a adesão de crentes e celebração de cultos.

Como ensina SAMPAIO DÓRIA:

²⁹⁷ Importante mencionar que não se exige autorização do Poder Público. O celebrante ou associação religiosa responsável pelo culto deve apenas comunicar o local e horário em que o ato religioso irá ocorrer. No entanto, se a reunião religiosa surge de forma espontânea, sem planejamento ou organização, ainda que em local aberto ao público, a comunicação à autoridade pública pode ser dispensada. Em qualquer caso, mesmo sem a prévia comunicação, o poder público não pode dissolver compulsoriamente o ato religioso, a não ser que perca seu caráter pacífico.

²⁹⁸ Art. 5º, XVI, CF: todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

²⁹⁹ Cf. Bruno Ribeiro e Edison Veiga em O Estado de São Paulo de 04 Julho 2016, disponível em: < <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,vereadores-transformam-camara-de-sao-paulo-em-temple-1-vez-por-semana,10000060752> >. Acesso em 12 de dezembro de 2017

³⁰⁰ Nota-se que a Constituição prevê hipóteses de utilização de espaço público para fins religiosos, como é o caso do ensino religioso (art. 201, §1º) e da assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (art. 5º, VII).

“A liberdade de consciência compreende a liberdade de reunião e de associação para fins religiosos. Os adeptos do mesmo credo formam uma comunidade, para cumprir e pregar a fé em que se abracem. Mas as comunidades religiosas, como outra qualquer associação, não podem realizar seu destino sem meios econômicos, e, por isso, amealham patrimônio que não fica pertencendo aos indivíduos, mas às fundações que instituem. Com o tempo e a propaganda, podem vir as igrejas, ou as seitas religiosas, a constituir, pela solidariedade dos que comungam na mesma crença, e pelos bens materiais de que disponham, uma força política, organizada, ao lado do Estado, para competir com ele, e subordiná-lo a seus desígnios de preparação dos homens para a vida futura”³⁰¹

A estrita correlação entre a liberdade de organização religiosa e a liberdade de crença e culto, aliada ao princípio da separação entre Estado e Igreja, destaca tais entidades das demais associações privadas, ainda que na forma dos incisos XVII e XVIII do artigo 5º da Constituição ³⁰², a todos tenha sido garantida a liberdade de associação para fins lícitos, independente de autorização estatal. Assim, o papel do Estado em regular o modo de administração e hierarquia, fiscalizar dissoluções e cismas e tributar é limitado.

Desta forma, o Código Civil de 2002, com a alteração incluída pela Lei nº. 10.825/2003, definiu que as organizações religiosas são pessoas jurídicas de direito privado, sendo livre sua criação, organização, estruturação interna e funcionamento, bem como vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento (artigo 44 do Código Civil ³⁰³). Além disso, as organizações religiosas foram dispensadas de se adaptar às regras para as

³⁰¹ SAMPAIO DÓRIA, Antônio de. *Direito constitucional*. Op. Cit., p. 747.

³⁰² Art. 5º, XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;
Art. 5º, XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

³⁰³ Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas;

V - os partidos políticos.

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.

§ 1º São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento.

§ 2º As disposições concernentes às associações aplicam-se subsidiariamente às sociedades que são objeto do Livro II da Parte Especial deste Código.

§ 3º Os partidos políticos serão organizados e funcionarão conforme o disposto em lei específica.

associações, sociedades e fundações estabelecidas no texto do Código Civil de 2002 (artigo 2.031, parágrafo único, do Código ³⁰⁴).

Não há problemas em identificar as organizações religiosas como pessoas jurídicas de direito privado, pois o disposto no artigo 19, I, da Constituição, impede que tais entidades sejam de direito público, porém ainda se discute em qual espécie de pessoa jurídica de direito privado estaria inserida a organização religiosa. A figura mais próxima é a associação, tanto que a doutrina do direito civil, na III Jornada de Direito Civil, aprovou dois enunciados reconhecendo a natureza associativa das organizações religiosas (Enunciados 142 e 143 da III Jornada de Direito Civil ³⁰⁵).

No entanto, as regras aplicadas às associações constituídas na forma do Código Civil (artigos 53 a 61 do Código) não devem ser impostas, na sua integralidade, às organizações religiosas. Aquelas que se formaram antes da vigência do atual Código Civil estão desobrigadas de se adaptarem ao previsto no Código de 2002, como se extrai do parágrafo único do artigo 2.031 do mesmo Código. Já as novas associações religiosas também não podem ser compelidas a seguir as regras que atingem sua hierarquia e organização interna, sob pena de violação ao princípio da igualdade entre as religiões, que deriva do artigo 19, III, da Constituição, segundo o qual o Estado não pode privilegiar qualquer credo, ainda que mais antigo ou tradicional.

Além disso, como ensina JONATAS MACHADO:

“Os requisitos legalmente fixados para o reconhecimento de personalidade jurídica a uma confissão religiosa não podem avançar um figurino pré-estabelecido de forma arbitrária pelos poderes públicos. Eles devem ter por único objetivo favorecer a maximização da liberdade religiosas, de uma forma consentânea com as exigências da ordem jurídica. Assim, eles não podem subordinar aquele reconhecimento à observância de quaisquer diretrizes materiais sobre

³⁰⁴ Art. 2.031. As associações, sociedades e fundações, constituídas na forma das leis anteriores, bem como os empresários, deverão se adaptar às disposições deste Código até 11 de janeiro de 2007. Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às organizações religiosas nem aos partidos políticos.

³⁰⁵ **Enunciado nº. 142 da III Jornada de Direito Civil:** Art. 44: *Os partidos políticos, os sindicatos e as associações religiosas possuem natureza associativa, aplicando-se-lhes o Código Civil.*

Enunciado nº. 143 da III Jornada de Direito Civil: Art. 44: *A liberdade de funcionamento das organizações religiosas não afasta o controle de legalidade e legitimidade constitucional de seu registro, nem a possibilidade de reexame pelo Judiciário da compatibilidade de seus atos com a lei e com seus estatutos.*

o conteúdo das disposições de fé. Acresce que, do ponto de vista formal, os requisitos a estabelecer devem ter em conta a necessidade de um mínimo de institucionalização compatível com as exigências da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos, sendo ilegítimas quaisquer cláusulas que pretendam interferir no direito de auto-organização do grupo em causa. Acima de tudo, a lei não pode ter subjacente uma menor consideração pelas confissões religiosas minoritárias e, muito menos, uma presunção no sentido do seu carácter fraudulento”³⁰⁶.

O Estado também não pode interferir na economia interna das organizações religiosas, nem tampouco impor regras para escolha dos ministros aptos a celebrar cultos, como por exemplo, compelir a Igreja Católica a nomear celebrantes mulheres em razão da igualdade de sexo, ou confundir o exercício do sacerdócio com vínculo empregatício, condenando a Igreja a pagar verbas trabalhistas a pastor ou padre que renunciou a vocação ou foi destituído pela organização. Ademais, o Estado não pode tomar partido em cisma ou reforma de crença, devendo permanecer isento quanto ao tema da religião³⁰⁷.

As associações religiosas gozam, ainda, de imunidade tributária, o que evita qualquer forma de embaraço ao seu funcionamento pelo Estado. Além disso, ao vedar a instituição de impostos pelos poderes públicos sobre os templos de qualquer culto – artigo 150, VI, *b*³⁰⁸ – a Constituição facilita o exercício, mais uma vez, da liberdade de culto, protegendo o espaço onde, normalmente, se celebram os atos religiosos.

Embora o texto Constitucional faça referência apenas ao templo, a imunidade alcança a própria organização religiosa. Neste sentido, ROQUE ANTONIO CARRAZZA ensina:

“A imunidade do art. 150, VI, ‘b’, da CF deve ser interpretada com vistas largas. Mais que o templo propriamente dito – isto é, o local destinado a cerimônias religiosas –, o benefício alcança a própria

³⁰⁶ MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Op. cit., p. 244

³⁰⁷ Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. Op. Cit. pp. 316 a 318.

³⁰⁸ Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre:

b) templos de qualquer culto;

§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

entidade mantenedora (a Igreja), além de se estender a tudo quanto esteja vinculado às liturgias (batizados, celebrações religiosas, vigílias, etc.).

E nem se diga que no texto constitucional está escrito ‘templos’ (locais do culto) – e, portanto, o que foge disso é pura especulação dos interessados em dilatar o campo da imunidade em tela. Tal entendimento não se sustenta em face da interpretação sistemática dos dispositivos acima citados e do próprio ‘Preâmbulo’ da Carta Suprema.

Ademais, como os templos, em si mesmos considerados não têm nem renda nem patrimônio, nem prestam serviços, segue-se, necessariamente, que a imunidade em tela se subjetiva na Igreja – vale dizer, na pessoa jurídica, regularmente constituída, que mantém, como finalidade essencial (art. 150, §4, da CF), atividades religiosas”³⁰⁹.

Nota-se que na forma do artigo 150, §4º, da Constituição, a imunidade compreende o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais da entidade. Assim, tudo o que estiver relacionado à finalidade da organização religiosa, que é o culto e os demais atos de crença, deve ser considerado imune. Por conseguinte, não deve incidir o imposto predial e territorial urbano (IPTU) sobre o imóvel onde se realiza o culto; o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS) sobre os serviços religiosos; o imposto sobre a renda da pessoa jurídica (IRPJ) sobre dízimos e demais doações dos fiéis; o imposto sobre transmissão ‘*inter vivos*’, por ato oneroso, de bens imóveis (ITBI) sobre a aquisição de bens destinados ao culto; o imposto sobre propriedade de veículos automotores (IPVA) sobre os veículos da organização religiosa utilizados nos serviços do culto, nem tampouco imposto de importação sobre bens destinados ao serviço religiosos.

Por outro lado, quando a instituição não tem como finalidade utilizar seus recursos para proveito do culto e da comunidade religiosa, mas com mero intuito mercantilista, arrecadando capital para enriquecimento pessoal dos membros da igreja, ou quando a finalidade da organização não é religiosa, o benefício da imunidade deixará de existir.

Além disso, a liberdade de organização religiosa e das próprias entidades, assim como qualquer liberdade, não é absoluta, tendo limites, que serão aprofundados a seguir.

³⁰⁹ CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 883.

3.5.1 Limites à liberdade das organizações religiosas

Ainda que garantida a livre associação para fins religiosos, alguns requisitos são exigidos, como a inscrição no registro civil do ato constitutivo da organização religiosa. Tal exigência está prevista no artigo 114 da Lei Federal nº. 6.015/73 (Lei de Registros Públicos)³¹⁰, bem como no artigo 3º, §2º, do Decreto nº. 7.107/2010 (Acordo entre o Brasil e a Santa Sé sobre o Estatuto Jurídico da Igreja Católica)^{311 312}. Assim sendo, para ter garantida sua personalidade jurídica, a organização religiosa deve ser registrada, assim como qualquer outra associação ou sociedade, o que constitui limite a sua liberdade formal de constituição.

Além disso, a instituição deve se manter comprometida com o fim que ensejou sua criação, qual seja, o religioso. Em outras palavras, a organização religiosa não pode

³¹⁰ Art. 114, Lei nº. 6.015/73: No Registro Civil de Pessoas Jurídicas serão inscritos:

- I - os contratos, os atos constitutivos, o estatuto ou compromissos das sociedades civis, religiosas, pias, morais, científicas ou literárias, bem como o das fundações e das associações de utilidade pública;
- II - as sociedades civis que revestirem as formas estabelecidas nas leis comerciais, salvo as anônimas.
- III - os atos constitutivos e os estatutos dos partidos políticos.

Parágrafo único. No mesmo cartório será feito o registro dos jornais, periódicos, oficinas impressoras, empresas de radiodifusão e agências de notícias a que se refere o art. 8º da Lei nº 5.250, de 9-2-1967.

³¹¹ Art. 3º, Decreto nº. 7.107/2010: A República Federativa do Brasil reafirma a personalidade jurídica da Igreja Católica e de todas as Instituições Eclesiásticas que possuem tal personalidade em conformidade com o direito canônico, desde que não contrarie o sistema constitucional e as leis brasileiras, tais como Conferência Episcopal, Províncias Eclesiásticas, Arquidioceses, Dioceses, Prelazias Territoriais ou Pessoais, Vicariatos e Prefeituras Apostólicas, Administrações Apostólicas, Administrações Apostólicas Pessoais, Missões Sui Iuris, Ordinariado Militar e Ordinariados para os Fiéis de Outros Ritos, Paróquias, Institutos de Vida Consagrada e Sociedades de Vida Apostólica.

§ 1º. A Igreja Católica pode livremente criar, modificar ou extinguir todas as Instituições Eclesiásticas mencionadas no caput deste artigo.

§ 2º. A personalidade jurídica das Instituições Eclesiásticas será reconhecida pela República Federativa do Brasil mediante a inscrição no respectivo registro do ato de criação, nos termos da legislação brasileira, vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro do ato de criação, devendo também ser averbadas todas as alterações por que passar o ato.

³¹² Como afirmamos no Ponto 3.2.1 deste capítulo (O ESTADO LAICO E A PREVISÃO DE COLABORAÇÃO COM A RELIGIÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988), o Acordo entre o Brasil e a Santa Sé é inconstitucional, pois estabelece regime jurídico para apenas um credo religioso, que é o católico, fazendo distinção entre as instituições religiosas. A referida inconstitucionalidade, no entanto, poderá ser solucionada com a aprovação do projeto de Lei que visa instituir a Lei Geral das Religiões (PL 5598/2009 na Câmara dos Deputados e PLC nº. 160/2009 no Senado Federal). A Lei Geral das Religiões também traz dispositivo assegurando personalidade jurídica à instituição religiosa após a inscrição no respectivo registro do ato de criação, nos termos da legislação brasileira, vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro do ato de criação, devendo também ser averbadas todas as alterações por que passar o ato (art. 3º, §2º, do projeto original).

se distanciar da função social que assumiu, propiciando culto e crença a sua comunidade de fiéis ³¹³.

O dever religioso é o mais rigoroso limite à atividade da organização. Quando a entidade se afasta do valor religioso para se dedicar ao lucro ou enriquecimento de seus administradores, a instituição não só deve perder o reconhecimento jurídico como organização religiosa e seus benefícios, tal qual a imunidade de impostos, como também, seus administradores devem ser punidos civil e criminalmente, quando restar comprovado o intuito de explorar a fé alheia.

Cada vez mais, a religião vem sendo utilizada como forma de exploração e enriquecimento por criminosos que se transvestem em ministros de confissão religiosa, exigindo numerosas doações, enganando fiéis com falsas curas milagrosas e, em certos casos, cometendo até crimes contra a dignidade sexual como estupro ³¹⁴. Nada disso está protegido pela liberdade de organização religiosa, sendo dever do Estado o combate a falsidade e a proteção às vítimas. Por outro lado, o caráter fraudulento da religião não pode, assim como em qualquer crime, ser presumido pelos Poderes Públicos, não se podendo confundir organizações religiosas, comprometidas com a fé e atos religiosos,

³¹³ JAYME WEINGARTNER NETO ensina:

“As confissões religiosas podem invocar a liberdade religiosa para definir suas atividades; mas condicionam-se (em linha de princípio) pela natureza jurídica das atividades que (livremente) escolheram, vale dizer, submetem-se às respectivas normas de direito civil, comercial, administrativo, fiscal etc. Mais ainda no caso de atividades que, embora ligadas ao financiamento das confissões religiosas revestem-se de natureza comercial. Trata-se de evitar o ‘enfraquecimento do âmbito normativo do direito à liberdade religiosa’ e prevenir sua ‘utilização abusiva e simulada’, de modo a não dar guarida a entidades pseudo-religiosas (churches in disguise ‘igrejas de fachada’), o que, de outra banda, diminui as probabilidades de discriminação estatal contra pessoas (naturais ou jurídicas) não religiosas.

(WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 259).

³¹⁴ Nos Estados Unidos da América caso que ganhou grande repercussão é o do Pastor Jim Bakker. Bakker construiu um império apresentando programa televisivo religioso nas décadas de 70 e 80, incluindo parque de diversão temático, chamado por GILLES KEPEL de *Disneylândia cristã*, oficialmente conhecido como *Heritage USA*. Porém, o sucesso de Jim Bakker chegou ao fim, quando foi acusado de estupro por Jessica Hahn – secretária de sua Igreja. O pastor mantinha relação extraconjugal com a secretária, que na versão dela não era consensual. Para manter em segredo tal relação, Bakker pagava a Hahn parte da arrecadação da Igreja com doações de fiéis. Quando Bakker deixou de pagar, o caso foi noticiado pela imprensa. Além da condenação moral pelo público, sendo taxado como adúltero e suposto estuproador, o pastor Jim Baker foi condenado pela Justiça dos Estados Unidos a 45 anos de reclusão por ter cometido mais de 20 fraudes contra seus fiéis, entre as quais se inclui a venda de hospedagens no Hotel de *Heritage USA*, que ainda estava em construção e não podia receber hóspedes para a data em que ocorreria a hospedagem vendida.

(Cf. KEPEL, Gilles. *A revanche de Deus: cristãos, judeus e muçulmanos na reconquista do mundo*. Tradução: J. E. Smith Caldas. São Paulo: Siciliano, 1991, pp. 125 a 131).

com organizações criminosas, que se valem da fé alheia para autopromoção e enriquecimento.

Os dogmas morais das organizações religiosas e os deveres impostos aos que seguem determinada religião também são limitados, não podendo sujeitar aos não aderentes. Aqueles que, por opção própria, não fazem parte da comunidade religiosa não podem ser compelidos a seguir os deveres religiosos e participar dos seus atos e celebrações.

Nas palavras de JONATAS MACHADO:

*“Do ponto de vista pessoal a autonomia das comunidades religiosas se circunscreve ao número dos seus membros, isto é, aos indivíduos que voluntariamente se colocaram, e enquanto se colocarem, sob a sua jurisdição. Qualquer pretensão por parte das confissões e comunidades religiosas no sentido de exorbitarem os limites materiais e pessoais da sua autonomia extravasa o âmbito de proteção do direito à liberdade religiosas”*³¹⁵.

As entidades religiosas não podem exercer qualquer poder sobre aqueles que não se colocaram voluntariamente sob a sua jurisdição. Quem não é membro da organização religiosas não está obrigado a respeitar os princípios e seguir os livros sagrados de determinada religião, nem sofrer qualquer sanção quando descumprir mandamento religioso. Caso contrário, estaria fatalmente atingida a própria liberdade religiosa, que abriga o direito de não aderir a credo religioso ou mudar a qualquer tempo³¹⁶.

³¹⁵ MACHADO, Jonatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Op. cit., p. 248

³¹⁶ Esta é a lição de SAMPAIO DÓRIA:

O Estado é a única organização da soberania de um povo em dado território. Soberania como poder coletivo, por natureza único, exclusivo e supremo. Admitir, a seu lado e, mais, com o intuito de dominá-lo, outra autoridade coativa, é esvaziar o Estado da substância que lhe dá corpo, e lhe insufla vida. E a igreja que a tanto decaísse, quebraria as amarras à inspiração divina de seu poder espiritual, para exercer, como órgão político, no jogo das paixões humanas, o poder temporal.

Desde então, o primeiro sacrificado seria a liberdade de consciência. Quem quer que divergisse da religião oficial estaria proscrito em sua própria terra. A única liberdade de consciência que se afetasse, seria a de ‘crê, ou morre’. Não seria isto o espírito diabólico, disfarçado em apóstolo de Deus, a pregar, pelo mundo, a fé?

(SAMPAIO DÓRIA, Antônio de. *Direito constitucional*. Op. Cit., p. 747 e 748).

4. – O CONFRONTO ENTRE LIBERDADE E RELIGIÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Definidos tanto o conceito como os contornos tanto da liberdade em sentido amplo, que inclui uma série de garantias fundamentais ao ser humano conquistadas ao longo do tempo, quanto da liberdade religiosa, espécie de liberdade relacionada à religião, este capítulo será dedicado a examinar como o Supremo Tribunal Federal considera o valor religião, quando em aparente confronto com outras espécies de liberdade, bem como na proteção da própria liberdade religiosa.

Como explicitado no capítulo anterior, a liberdade religiosa, em qualquer de suas vertentes – de crença, culto ou organização religiosa –, é limitada, podendo ser restringida, quando em confronto com outros direitos fundamentais. Não são raras as situações em que determinado discurso religioso se contrapõe à evolução da liberdade e suas formas de proteção. Nesta etapa do presente trabalho, é trazido à cena o Supremo Tribunal Federal e são examinados os casos em que a Corte intenta resolver o conflito.

Foram, pois, selecionados cinco decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas dentro do marco temporal dos últimos dez anos em que o tema da liberdade religiosa foi abordado na solução de conflito entre direitos fundamentais³¹⁷.

Procuramos extrair dos julgados como o Supremo Tribunal Federal reconhece a existência dos diversos credos religiosos, que, além dos tradicionais, inclui crenças novas com suas particularidades, bem como os distintos graus de religiosidade, que

³¹⁷ Outras duas ações poderiam ter sido incluídas no rol a seguir, porém, por diversos motivos, deixamos de fora.

A primeira é a ADI nº. 2.566, em que se discutiu a vedação do proselitismo (religioso e de qualquer outra natureza) nas rádios comunitárias. Esta ação direta de inconstitucionalidade foi comentada no tópico 3.3.1 do presente trabalho, Limites a liberdade de consciência e crença, porém, como até o fechamento do presente capítulo o acórdão ainda não havia sido publicado, nem tampouco houve o trânsito em julgado da ação, optamos por não fazer referência aqui.

Outra ação direta de inconstitucionalidade que poderia ser incluída na lista abaixo é a ADI nº. 3.510, em que se apreciou a suposta inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei Federal nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança). O referido dispositivo legal autoriza a utilização para pesquisa e terapia de células-troco embrionárias. A ADI nº 3.510 foi julgada em 2008 e contou com a participação de entidades religiosas, como a CNBB (*amicus curiae*), porém entendemos que a questão religiosa, envolvendo o conceito jurídico de vida humana, é semelhante à que foi objeto de julgamento da ADPF nº. 54, que apreciou o caso do aborto do feto anencefálico.

partem da ampla aceitação às conquistas civis e sociais ao total contraponto aos avanços liberais.

Identificaremos, também, como a Corte permite a participação dos grupos religiosos no julgamento de temas tão estimados as suas doutrinas e crenças. Isto porque, diante do pluralismo de crenças da sociedade brasileira, o processo de interpretação deve ser o mais aberto possível, para que não escape qualquer argumento de grupo ou indivíduo que sofrerá diretamente a incidência da norma constitucional ³¹⁸.

Por fim, concluiremos se a solução encontrada é capaz de conferir interpretação a Constituição proporcional, com respeito, na medida do possível, aos amplos aspectos do princípio da laicidade e dos direitos fundamentais à liberdade de crença, culto e organização religiosa.

Os casos serão examinados em ordem cronológica do mais recente ao mais antigo, merecendo destaque o ponto em que a liberdade religiosa é abordada e a solução adotada pelo Tribunal.

4.1 – ADI 4.439 / DF – Ensino religioso nas escolas públicas

A ação direta de inconstitucionalidade nº. 4439 tratou do ensino religioso nas escolas pública ³¹⁹. A ação foi proposta pela Procuradoria Geral da República, buscando conferir interpretação conforme a Constituição ao artigo 33 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei Federal nº. 9.394/96 ³²⁰) e ao artigo 11, §1º, do Acordo entre

³¹⁸ Cf. HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 13.

³¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4439, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 20-06-2018 PUBLIC 21-06-2018, disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=15085915> >, acesso em 23.10.2018.

³²⁰ **Art. 33, Lei Federal nº. 9.394/96:** *O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.*

§ 1º *Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores.*

o Brasil e a Santa Sé (Decreto nº. 7.107/2010 ³²¹) no sentido que o ensino religioso em escolas públicas somente pode ter natureza não confessional, com a proibição da admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas.

O tema do ensino religioso nas escolas públicas foi tratado no tópico 3.2.2 da presente tese, no qual analisamos o artigo 210, §1º, da Constituição, como exceção ao princípio da laicidade e registramos as seguintes conclusões: *i)* a laicidade estará mais resguardada com a extinção de qualquer forma de ensino religioso das escolas públicas, para tanto seria necessária reforma da Constituição; *ii)* o ensino religioso deve ser facultativo, sendo vedado o estudo ou a leitura obrigatória de textos religiosos; *iii)* por ser facultativo, a matrícula não deve ser automática, incumbindo ao aluno ou seus responsáveis decidir pela matéria, não sendo admissível que para não cursar a disciplina seja necessário o seu descredenciamento; *iv)* a facultatividade importa, ainda, na possibilidade do aluno deixar de frequentar a matéria, que não deve ser sujeita à aprovação ou reprovação por métodos avaliativos como prova ou trabalho, bem como lista de frequência; *v)* a matéria de religião não pode ser a única possibilidade de ensino no horário, devendo a escola apresentar alternativas disciplinares, como outras matérias facultativas, às crianças e adolescentes que não optarem pelo ensino religioso; *vi)* o ensino religioso só pode ser apresentado como facultatividade aos alunos dos últimos quatro anos ensino fundamental (6ª a 9ª série), uma vez que nos primeiros cinco anos o ensino não é dividido em disciplinas; *vii)* o ensino religioso não compõe o conteúdo mínimo do ensino fundamental, não fazendo parte das oitocentas horas anuais, que devem ser preenchidas pelas matérias obrigatórias; *viii)* o ensino religioso não pode ser considerado parte integrante da formação básica do cidadão, pois implicaria em ou tornar a opção necessária para que formação seja completa, ou criar duas categorias de alunos aqueles com total cidadania, pois cursaram o ensino religioso, e os com cidadania deficitária, violando o princípio da isonomia; *ix)* a laicidade impede que o ensino religioso seja prestado diretamente pelo Estado, que não pode criar a sua própria doutrina do que seria religião, conseqüentemente, tal disciplina deve ficar a cargo das igrejas, nas modalidades confessional e interconfessional, incumbindo ao Estado apenas

§ 2º *Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso.*

³²¹ **Art. 11, §1, Decreto nº. 7.207/2010:** *O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.*

a cessão do espaço público da escola e o horário; x) o Estado deve convidar integrantes de todas as religiões para oferecerem a disciplina, sem qualquer preferência e sem discriminação aos credos minoritários.

A conclusão da ação direta de inconstitucionalidade, julgada improcedente ³²², de modo geral, vai de encontro com o que foi definido acima. Por isso, não procuraremos extrair do acórdão as particularidades do tema do ensino. Neste tópico, cumpre analisar como o Supremo Tribunal Federal compreende o fenômeno religioso, de que modo as instituições religiosas podem participar dos julgamentos e qual a interpretação conferida ao princípio da laicidade e à liberdade religiosa (liberdade de crença, culto e organização religiosa).

A participação das instituições religiosas neste julgamento foi bastante significativa. Trata-se do processo em que a maior diversidade de representantes de credos religiosos foi ouvida.

Isto porquê o Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, convocou audiência pública, realizada em 2015, na qual representantes de diversas entidades religiosas, pesquisadores e estudiosos do tema tiveram a oportunidade de apresentar suas posições. Entre as entidades religiosas, foram ouvidos representantes católicos (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB; e Arquidiocese do Rio de Janeiro), judeus (Confederação Israelita do Brasil – CONIB), batistas (Convenção Batista Brasileira – CBB), espíritas (Federação Espírita Brasileira – FEB), muçulmanos (Federação das Associações Muçulmanas do Brasil – FAMBRAS), budistas (Sociedade Budista do Brasil – SBB), seguidores dos valores de Brahma Kumaris (Centro de Raja Yoga Brahma Kumaris), evangélicos pentecostais (Assembleia de Deus – Ministério Belém; e Convenção Nacional das Assembleias de Deus – Ministério de Madureira), evangélicos não pentecostais (Igreja Universal do Reino de Deus), umbandistas e candomblecistas (Federação Nacional do Culto Afro Brasileiro – FENACAB; e Federação de Umbanda e Candomblé de Brasília e entorno), bem como de ateus, agnósticos e seculares (Liga Humanista Secular do Brasil).

³²² A decisão foi apertada, com cinco votos pela procedência da ação e seis contra. Votaram pela improcedência da ação os Ministros Alexandre de Moraes, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Ficaram vencidos os Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Das apresentações na audiência pública ³²³ ficou nítido dois aspectos. Primeiro: a maioria dos integrantes de confissões religiosas não está interessada em ministrar aulas de religião nas escolas públicas, sendo que para alguns, em prol da laicidade, a previsão constitucional do ensino religioso deveria ser ignorada ³²⁴. Segundo: a maior parte dos manifestantes, religiosos ou não, entendem que a única modalidade compatível com a laicidade é a não confessional ³²⁵.

Além de participarem da audiência pública, algumas entidades, e outras que não estiveram na audiência ³²⁶, ingressaram na lide como *amici curiae*.

O valor das informações e argumentos apresentados na audiência pública foi levado em consideração, especialmente, pelo Ministro Relator, que votou pela procedência da ação (posição que acabou vencida), como se nota do seguinte trecho de

³²³ A íntegra da audiência pública pode ser conferida no seguinte endereço eletrônico: <https://www.youtube.com/watch?v=mNrmjzN5-c&index=1&list=PLippyY19Z47szGoKQPqGn7Hp4TnpkcDkR>. acesso em 26 de agosto de 2017.

³²⁴ Embora não estivesse em questão a eliminação do ensino religioso, o que só poderia se fazer por Emenda Constitucional, mas apenas o modo como ele há de ser prestado, manifestaram-se a favor da abolição de qualquer forma de ensino religioso nas escolas os representantes das seguintes instituições religiosas: Confederação Israelita do Brasil (CONIB), Convenção Batista Brasileira (CBB), Federação Espírita Brasileira (FEB), Assembleia de Deus Ministério Madureira, Liga Humanística Secular e da Igreja Universal do Reino de Deus.

³²⁵ Dos trinta e dois expositores, vinte e um entenderam que a única modalidade compatível com a Constituição é a não confessional. Neste sentido se manifestaram os seguintes expositores, representando as seguintes entidades: ROBERTO FRANKLIN LEÃO (Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação - CNTE), EDUARDO DESCHAMPS (Conselho Nacional de Secretários de Educação – CONSED), ALI ZOGHBI (Associação Muçulmana do Brasil), ANTONIO GOMES DA COSTA NETO (Federação Nacional do Culto Afro-brasileiro – FENACAB – e Federação de Umbanda e Candomblé de Brasília e Entorno), THIAGO GOMES VIANA (Liga Humanística Secular), RENATO GUGLIANO HERANI (Igreja Universal do Reino de Deus), DEBORA DINIZ (Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero), SALOMÃO BARROS XIMENEZ (Ação Educativa, Assessoria, Pesquisa e Informação), VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (Amicus DH - Grupo de Atividade de Cultura e Extensão da Faculdade de Direito da USP), ELÓI CORREA DOS SANTOS (Associação Inter-religiosa de Educação e Cultura – ASSINTEC), CARLOS MINC (Comissão Permanente de Combate as Discriminações e Preconceitos de Cor, Raça, Etnia, Religiões e Procedência Nacional), OSCAR VILHENA VIEIRA (Conectas Direitos Humanos), LEONEL PIOVEZANA (Fórum Nacional Permanente do Ensino Religioso), LUIZ ANTÔNIO CUNHA (Centro de Estudos, Educação e Sociedade e Observatório da Laicidade na Educação), LUIZ ROBERTO ALVES (Conselho Nacional de Educação), GILBRAZ ARAGÃO (Comitê Nacional de Respeito à Diversidade Religiosa da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República), WILHELM WACHHOLZ (Associação Nacional de Pós-Graduação em Teologia e Ciências da Religião – ANTEC), GILERTO ANTÔNIO VIANA GARCIA (Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB), CARLOS ROBERTO SCHLESINGER (Associação Nacional de Advogados e Juristas Brasil-Israel), PASTOR EURICO (Frente Parlamentar Mista e Permanente em Defesa da Família e Apoio a Vida) e DANIEL SARMENTO (Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ).

³²⁶ É o caso da Associação Brasileira de Ateus e Agnósticos.

seu voto, destacando a legitimidade da interpretação do ensino religioso proposta pela Procuradoria Geral da República:

*“A corroborar a legitimidade desta interpretação constitucional, deve-se ressaltar que, em audiência pública realizada no âmbito desta ação direta, a grande maioria dos representantes de denominações religiosas, dos especialistas e das entidades da sociedade civil participantes defenderam a impossibilidade prática de conciliar os modelos confessional e interconfessional de ensino religioso confessional com a laicidade do Estado. Em síntese, **dos 31 participantes da audiência, 23 defenderam a procedência da ação.** Ainda, do total de participantes, 12 eram entidades de caráter religioso (incluindo posições não religiosas), representativas da diversidade religiosa do país. Destes, 8 defenderam a procedência da ação”³²⁷.*

Na contramão do entendimento do Relator, o Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, fez longa crítica ao que definiu como *“ditadura do politicamente correto”*, criticando, até mesmo, a propositura da ADI 4439 pelo chefe do Ministério Público Federal e qualquer outra medida com fundamento na laicidade como, por exemplo, a retirada dos crucifixos dos Tribunais e da expressão *“Deus seja louvado”* das cédulas de real.

O Ministro Gilmar Mendes afirma:

“É inadmissível que os agentes públicos lato sensu (governantes, servidores, autoridades policiais e judiciais, além de órgãos do Ministério Público) tentem impor determinada visão de mundo aos demais concidadãos, através de instrumentos jurídico-estatais que somente se legitimam quando atendem o interesse público”³²⁸

(...)

“Não se pode, em um processo civilizatório primado pelo respeito das diferenças, alterar costumes tradicionalmente constitucionais, tornando-os inconstitucionais pelo simples argumento de avanço civilizatório.

E quem diz o que é avanço civilizatório? A Procuradoria-Geral da República? Os partidos políticos? Determinado grupo político que está no poder momentaneamente?”³²⁹

Ainda que discorde do posicionamento do Autor da ação ou dos que se manifestaram em audiência pública, como também discordamos de muitas conclusões,

³²⁷ Páginas 55 e 56 do inteiro teor do acórdão.

³²⁸ Página 184 do inteiro teor do acórdão

³²⁹ Página 189 do inteiro teor do acórdão.

o voto do Ministro Gilmar Mendes, que, em *obiter dictum*, prega a petrificação de uma série de valores morais, rechaçando o debate, sob o pretense argumento de ausência de interesse público, afronta o pluralismo de ideias, fundamento da nossa República.

Querer silenciar grupos religiosos minoritários, em temas que lhes são afetos, agride a liberdade religiosa e o direito à diversidade. A audiência pública realizada deixou claro que, entre os credos minoritários, o ensino de religião nas escolas públicas afronta seus fiéis, pois a prática sempre foi a de ocupação do espaço escolar tão somente pelos dois credos majoritários no país.

Assim, é de se destacar, no caso em exame, que houve participação de diversos grupos religiosos, tendo seus argumentos, influenciado na fundamentação da decisão, especialmente do Ministro Luís Roberto Barroso e dos que o acompanharam. Porém, parece que nem todos os Ministros estão dispostos a encarar com seriedade os desafios enfrentados por seguidores de religiões minoritárias no Brasil.

Quanto ao reconhecimento da diversidade religiosa, boa parte dos Ministros discorreram sobre a diversidade religiosa do Brasil.

Destacamos a posição do Ministro Luís Roberto Barroso que apresentou visão sobre os modos modernos de religiosidade com a qual compactuamos:

*“9. Não é difícil perceber que as diferentes previsões e profecias acerca da desaparecimento do sentimento religioso não se realizaram.
10. É certo que a modernidade trouxe, efetivamente, a secularização, a laicidade do Estado e a separação entre ciência e fé, com o deslocamento da religião, predominantemente, para o espaço da vida privada. A verdade, porém, é que mesmo depois de Copérnico, Galileu e Keller, com a teoria heliocêntrica do cosmos, de Darwin, com a origem das espécies e a seleção natural, e da revolução na física moderna, trazida pela teoria da relatividade, pela mecânica quântica e pela confirmação do bóson de Higgs – ‘a partícula de Deus’ –, o sentimento de religiosidade não arrefeceu. O fato inelutável é que a ascensão das ciências e o avanço tecnológico não deram conta das demandas espirituais da condição humana. Apesar do humanismo, do agnosticismo e do ateísmo terem representantes intelectuais de grande expressão, quase 84% da população mundial professam alguma religião. No Brasil, de acordo com levantamento do IBGE em 2010, apenas 8% dos entrevistados se declararam sem religião. Nas palavras de Yuval Noah Harari, ‘mais de um século*

após Nietzsche tê-lo pronunciado morto, Deus fez um retorno triunfal’.

11. O fenômeno religioso, no entanto, passa por transformações profundas, com grande diversificação. Religiões que historicamente contam com maior número de adeptos – como as religiões abraâmicas (Cristianismo, Islamismo e Judaísmo), o Hinduísmo e o Budismo –, progressivamente cederam espaço a novas matrizes religiosas, originadas tanto da interação entre diferentes crenças ao longo do tempo, quanto de cismas internos. Esse contexto de maior diversidade e pluralismo também deu lugar ao surgimento de manifestações genéricas de fé, que não se traduzem necessariamente na filiação a uma religião específica. Mais recentemente se propagam, inclusive, as ditas religiões sem Deus, que propõem a desvinculação entre o conceito de religião e a crença em uma divindade transcendental. O conceito, no entanto, não é de todo novo. Albert Einstein, que não acreditava no Deus da Bíblia, num Deus pessoal, se considerava um homem profundamente religioso. Em célebre passagem, escreveu: ‘Acredito no Deus de Spinoza, que se revela por si mesmo na harmonia de tudo o que existe, e não no Deus que se interessa pela sorte e pelas ações dos homens’”³³⁰.

Os demais Ministros, nas duas correntes que se formaram no julgamento desta ação³³¹, também reconheceram a diversidade religiosa existente no país e demonstraram preocupação com a proteção das pessoas que seguem crenças menos populares.

Assim, pela fundamentação dos votos, se pode afirmar que a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal se diz atenta a questão da diversidade religiosa do Brasil.

Por outro lado, a postura adotada pelo Ministro Gilmar Mendes para criticar a propositura desta ação e de outras que questionam símbolos católicos em espaços públicos ou temas que contrariam a moral cristã (como o aborto), no tópico de seu voto que ele denominou “*Considerações finais – o politicamente correto*”³³², petrificando as tradições, usos e costumes do credo majoritário do Brasil, ainda que atentem contra a liberdade religiosa dos que não seguem crenças majoritárias e a laicidade do Estado, é digna de crítica, pois parte de visão que as crenças da religião mais tradicional e popular deve ser universal, com a imposição de regras e símbolos que não são razoavelmente aceitos por qualquer pessoa quando separada de sua crença religiosa.

³³⁰ Páginas 44 e 45 do inteiro teor do acórdão

³³¹ Vide nota de rodapé n.º. 322.

³³² Páginas 182 a 196 do Inteiro teor do acórdão.

O conteúdo da liberdade religiosa e do princípio da laicidade teve de ser extraído por todos os Ministros que publicaram o fundamento do voto proferido na ADI 4439. Os entendimentos vão de encontro ao que definimos no capítulo 3 desta tese. O voto do Ministro Alexandre de Moraes, que instaurou a divergência pela improcedência da ação e foi acompanhado pela maioria dos Ministros, conclui o seguinte:

“A relação entre o Estado e as religiões, histórica, jurídica e culturalmente, é um dos mais importantes temas estruturais do Estado. A interpretação da Carta Magna brasileira, que manteve nossa tradição republicana de ampla liberdade religiosa, ao consagrar a inviolabilidade de crença e cultos religiosos, deve ser realizada em sua dupla acepção: (a) proteger o indivíduo e as diversas confissões religiosas de quaisquer intervenções ou mandamentos estatais; (b) assegurar a laicidade do Estado, prevendo total liberdade de atuação estatal em relação aos dogmas e princípios religiosos”³³³.

O Supremo Tribunal Federal, nesta ação direta de inconstitucionalidade, ainda que julgando improcedente a ação proposta pela Procuradoria Geral da República, lidou com o tema da laicidade e da liberdade religiosa, proferindo interpretação compatível com o texto constitucional ao artigo 210, §1º.

4.2 - RHC 134.682 / BA E RHC 146.303 / RJ – Proselitismo religioso e discurso de ódio:

Concluimos no capítulo 3 deste trabalho que o proselitismo religioso é parte integrante da liberdade de crença, como liberdade de expressão religiosa. Assim, é direito limitado, que pode ser restringido em favor da proteção de outro direito.

A liberdade de expressão, como assentou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no famoso Caso Ellwanger (HC 82.424)³³⁴, não permite o discurso de ódio, que contém manifestações preconceituosas e intolerantes contra determinados grupos, em razão do gênero, orientação sexual ou raça, atingindo valores constitucionalmente assegurados.

³³³ Página 79 do Inteiro teor do acórdão.

³³⁴ Vide nota de rodapé nº. 289.

Porém, quando as manifestações odiosas são proferidas como forma de liberdade de expressão religiosa, em culto ou publicação relacionada a dogma de fé, surge conflito entre bens fundamentais de difícil solução, pois implica na ponderação de valores como as liberdades de crença, culto e de expressão em face do combate ao preconceito e a discriminação, como forma de garantir a dignidade da pessoa humana.

Neste caso, concluímos no tópico 3.4.1, que não é toda manifestação preconceituosa e discriminatória que deve ser reprimida, sob pena de transformar a censura na regra, ao invés da exceção, sugerindo alguns parâmetros para solução do conflito, que podemos resumir nos seguintes termos: *i)* o argumento do discurso do ódio não pode servir como fundamento para impedir a reprodução dos textos e livros sagrados que consistem no fundamento máximo da crença e servem como base para a doutrina religiosa; *ii)* quando discurso religioso puder provocar reação imediata da audiência por meio de atos de violência contra grupos da sociedade, tais como agressões, atentados contra a vida ou a segurança pública, as palavras ainda que ditas no contexto religioso devem ser reprimidas³³⁵.

No presente tópico, vamos estudar dois casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal em que o discurso religioso proselitista pode ser visto como incitação ao ódio em relação a outros grupos religiosos.

A Corte Constitucional ao apreciar conflito de tal natureza deve compreender, não somente a inserção do proselitismo no exercício das liberdades de crença e culto, como também não deixar de lado o valor que o sentimento religioso pode ter na vida das pessoas envolvidas. O grau de religiosidade, como estudamos no capítulo 2 da presente tese, não é único e uniforme, podendo variar da total inflexibilidade quanto aos

³³⁵ É o caso das *fighting words*, doutrina elaborada pela jurisprudência dos Estados Unidos da América no Caso *Chaplinsky v. New Hampshire* (1942), que permite a prevenção e punição de discursos inflamados que incitam violação imediata a paz.

Neste julgado, a Suprema Corte entendeu que as *fighting words*, palavras que por sua própria elocução infligem dano ou tendem a incitar uma quebra imediata da paz, não são parte essencial de qualquer exposição de ideias, e são de tão pouco valor social como etapa para a verdade que qualquer benefício que possa ser derivado delas é claramente superado pelo interesse social em ordem e moralidade. Assim, o Tribunal norte-americano considerou que o uso de tais palavras não estaria abrangido pela garantia da liberdade de expressão.

postulados tradicionalmente admitidos pela crença a posturas mais flexíveis e conciliadoras.

No tocante ao proselitismo religioso, é preciso reconhecer que o discurso religioso não é lógico ou científico. O crente não duvida de suas proposições religiosas. É a convicção, a fé, que o anima e insere em uma comunidade religiosa e o faz seguir os mandamentos com a esperança de ser agraciado pelo sobrenatural. O conhecimento religioso não é hipótese para o crente, é certeza absoluta, é muito mais instintivo do que consciente, mais íntimo do que superficial, mais parcial do que imparcial.

Além disso, dentro da comunidade religiosa, o crente, também, se identifica fortemente com os demais membros, pela semelhança da crença interior e dos costumes que seguem, frutos da mesma doutrina.

Porém, a forte identificação com o seu grupo e a paixão dos argumentos religiosos, podem ocasionar conflitos, divergências essenciais e, por vezes, o ódio e a intolerância.

Primeiro pela irrefutabilidade do argumento religioso, que para o crente é insuscetível de contraprova. Ademais, a crença pode corresponder à essência do indivíduo. Logo, qualquer abordagem proselitista por pessoa de credo diverso pode significar atentado contra a identidade do crente.

Por fim, a forte identificação com o grupo religioso que pertence, faz com que se perceba o outro como diverso, ou mesmo hostil ³³⁶. O diferente, em um mundo competitivo, sempre é visto como inimigo ou rival, o que provoca preconceito coletivo.

Por isso, o tema a liberdade de expressão religiosa, especialmente, quando da qual decorre ofensa ou sugere a destruição de crenças diversas deve ser tratado com todo o cuidado pelos Poderes da República, sem censurar a liberdade de crença e não permitindo *fighting word*.

³³⁶Cf. BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2002, p. 105.

Partimos para a análise dos dois casos concretos.

O primeiro deles foi julgado em novembro 2016. Trata-se do Recurso em *Habeas Corpus* (RHC) nº 134682, que foi impetrado em favor de Jonas Abib, padre da Igreja Católica Apostólica Romana, denunciado pela suposta prática do crime de racismo, previsto no artigo 20 da Lei Federal nº. 7.716/89, em razão de afirmações em seu livro *“Sim, Sim, Não Não Reflexões de cura e libertação”*, consideradas ofensivas aos praticantes de outros credos religiosos, como espiritismo, umbanda e candomblé³³⁷.

A denúncia cita os seguintes trechos do livro para justificar a existência de crime de racismo:

“O demônio, dizem muitos, ‘não é nada criativo’. Ele continua usando o mesmo disfarce. Ele, que no passado se escondia por trás dos ídolos, hoje se esconde nos rituais e nas práticas do espiritismo, da umbanda, do candomblé e de outras formas de espiritismo. Todas essas formas de espiritismo têm em comum a consulta aos espíritos e a reencarnação.” (págs. 29/30)

“Os próprios pais e mães-de-santo e todos os que trabalham em centros e terreiros são as primeiras vítimas: são instrumentalizados por Satanás. (...) A doutrina espírita é maligna, vem do maligno. (...)” (pág. 16)

“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 é preciso ser cristão e ser espírita, (...) Limpe-se totalmente!” (págs. 17/18)

“Há pessoas que já leram muitos livros do chamado ‘espiritismo de mesa branca’, de um kardecista muito intelectual que realmente fascina - as coisas do inimigo fascinam. Desfaça-se de tudo. Queime tudo. Não fique com nenhum desses livros. (...)” (pág.43)³³⁸

³³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 134682, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 29/11/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-191 DIVULG 28-08-2017 PUBLIC 29-08-2017, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13465125>>, acesso em 23.10.2018.

³³⁸ ABIB, Jonas. *Sim, sim! Não, não! : reflexões de cura e libertação*. Editora Canção Nova, 2003. disponível em: <http://arcanjomiguel.net/documentos/LIVRO_sim-sim-nao-nao_JONAS_ABIB_www_arcanjomiguel_net.pdf>, acesso em 23 de outubro de 2018.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, deu provimento ao recurso para trancar a ação penal proposta contra o padre, em decisão que reconheceu o proselitismo como núcleo essencial da liberdade de expressão religiosa, bem como investigou os limites da referida liberdade, quando em confronto com o objetivo do Estado de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, bem como o dever de criminalizar e punir a prática do racismo.

A maioria foi formada pelos votos dos Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Marco Aurélio e Luís Roberto Barroso, vencido o Ministro Luiz Fux.

Importa analisar os fundamentos que conduziram ao provimento do recurso, os quais se extraem, principalmente, do voto do Ministro Relator, Edson Fachin.

O Ministro Edson Fachin, após diagnosticar o conflito constitucional, apresentando de cada lado as liberdades que se chocam no caso concreto, inclui dentro do núcleo essencial da liberdade religiosa o proselitismo, afastando, inclusive, a comparação religiosa, por si só, do campo de condutas preconceituosas criminalizadas. Nas palavras do Ministro:

“O proselitismo, portanto, ainda que acarrete incômodas comparações religiosas, não materializa, por si só, o espaço normativo dedicado à incriminação de condutas preconceituosas. Referida ação constitui não apenas desdobramento da liberdade de expressão religiosa, mas, mais que isso, figura como núcleo essencial desse direito, de modo que negar sua prática configuraria, inafastavelmente, excessiva restrição às liberdades constitucionais”

³³⁹

Nota-se que, embora núcleo da liberdade religiosa, o Ministro reconhece que, em certas hipóteses, o proselitismo pode incorrer em condutas discriminatórias e preconceituosas, extrapolando os limites constitucionais do direito. Assim, na sequência, o Magistrado define quais seriam as hipóteses em que o seu exercício pode acarretar em crime de racismo.

³³⁹ Página 17 do inteiro teor do acórdão do RHC 134682.

Para tanto, o Ministro entende, seguindo a doutrina de Norberto Bobbio³⁴⁰, que a desigualação provoca discriminação quando ultrapassa, cumulativamente, três fases, a seguir resumidas.

A primeira fase consiste num juízo de fato, que se afigura na constatação da diversidade entre pessoas ou entre grupos. Tal juízo não é reprovável, uma vez que é fato a distinção entre os seres humanos, não havendo, ainda, conduta discriminatória passível de punição³⁴¹.

Além do juízo de fato, a desigualação condenável passa por juízo de valor, exigindo-se, além da distinção entre grupos, que um deles seja considerado bom enquanto o outro é mau, ou que um seja considerado civilizado e outro bárbaro, um superior e outro inferior, e assim por diante³⁴². No caso do discurso religioso proselitista de religiões universalistas³⁴³, a comparação entre crenças com juízo de valor entre a verdadeira e a falsa ou a de Deus e a do demônio, é algo indispensável para a sobrevivência e proliferação do credo.

³⁴⁰ A conclusão do Ministro Edson Fachin tem como principal base doutrinária o artigo de André Ramos Tavares, *O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização*, que também cita Norberto Bobbio.

³⁴¹ Cf. BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. Op. Cit., p. 108.

³⁴² Idem

³⁴³ Tanto o Ministro Edson Fachin, no acórdão aqui analisado, quanto André Ramos Tavares, em seu artigo que serviu como fundamento doutrinário para a decisão, destacam que o proselitismo é algo intrínseco às religiões universalistas, como o cristianismo, e especialmente o catolicismo. Além do mandamento bíblico convocando os fieis para pregar o evangelho a toda criatura em toda parte do mundo (Marcos 16:15), o próprio vocábulo católico não deixa dúvida do caráter universalista da religião, na medida em que provém do grego *katholikos* – *καθολικός* – que significa geral ou universal.

O empenho em converter pessoas para o único credo tido por verdadeiro implica na necessária rejeição de todas as demais concepções, negando sua validade e considerando-as falsas. Neste sentido, ensina André Ramos Tavares:

“as religiões, por comporem aquilo que se reconhece como teoria moral de primeira ordem, assumem a característica basilar de negar e afastar as demais “teorias” existentes. Uma teoria de primeira ordem carrega em seu bojo a concepção de que é a única adequada, sendo as demais inválidas ou equivocadas; esta rejeição é, invariavelmente, intrínseca, quer dizer, acaba assumindo uma conotação religiosa; em outras palavras, não é apenas um afastar-se de outras religiões, mas sim um enxergar nelas conotações contra-religiosas”

(...)

“as religiões universalistas, tal como o cristianismo e sua corrente católica, em sua pretensão proselitista (discurso com vistas a persuadir os membros de outras religiões a aderir à do emissor), invariavelmente vão pregar a negação da validade das demais manifestações religiosas em seus discursos, na busca por novos seguidores, a serem resgatados e convertidos”.

(TAVARES, André Ramos. *O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização*. 2009, disponível em <http://www.cjlp.org/direito_fundamental_discurso_religioso.html>, acesso em 23 de outubro de 2018).

Esta segunda etapa ainda não é decisiva para que a conduta discriminatória seja considerada crime. Após o juízo de valor, a pessoa autoproclamada mais valiosa pode compreender que deve ajudar o menos valioso a alcançar nível superior de bem-estar e civilização. Tal comportamento pode até ser prepotente ou, em certos casos, inadequado, mas não será discriminatório.

A derradeira etapa consiste em juízo obrigacional que se impõe aquele que se julga superior no sentido de escravizar, explorar ou eliminar ³⁴⁴ aquele que é considerado inferior ³⁴⁵. Quem alcançar esta terceira fase, viola a dignidade da pessoa humana e certamente deverá ser punido pelo crime de racismo.

Trazendo as lições de Norberto Bobbio para o caso do proselitismo religioso, o Ministro Edson Fachin conclui o seguinte:

“O discurso proselitista associa-se ao dever de auxílio a adeptos de outras religiões, vistas como equivocadas. Objetiva-se assegurar que o outro alcance o mesmo nível moral em que o agente se vê inserido. O discurso que persegue alcançar, pela fé, adeptos de outras fés, não se qualifica intrinsecamente como discriminatório. Sendo assim, no embate entre religiões, a tolerância é medida a partir dos métodos de persuasão (e não imposição) empregados. Nessa direção, no contexto religioso, a tentativa de persuasão pela fé, sem contornos de violência ou que atinjam diretamente a dignidade humana, não destoa das balizas da tolerância. Também descabe potencializar o proselitismo, por si, para fins de reconhecimento de realização de uma espécie de guerra santa, mantida com base em discurso odioso, tampouco para legitimar atos de violência ou perseguição aptos a macular a dignidade humana”
³⁴⁶

Assim, o Ministro entende que apenas o discurso proselitista que compara religiões, fazendo juízo de valor entre bem e mal, verdadeira e falsa, que tem como objetivo salvar os praticantes de religião que o autor do discurso considera maligna não é discriminatório. O método utilizado para convencer, no entanto, não pode ter contornos de violência ou atingir diretamente a dignidade humana.

³⁴⁴ Entendemos que a eliminação como conduta discriminatória não é apenas a física, hipótese que se executa com o genocídio, mas também a restrição de direitos com fundamento no juízo valorativo discriminante ou a exclusão social.

³⁴⁵ Cf. BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. Op. Cit., p. 109

³⁴⁶ Página 21 do inteiro teor do acórdão do RHC 134682.

Como no caso em exame, não houve violência, bem como demonstrada a clara intenção do paciente do *habeas corpus* em se dirigir ao público católico, entendendo ser superior a sua crença e com o fim de ajudar aqueles que seguem o espiritismo, umbanda ou candomblé, religiões que considera inferior, o Ministro conclui que não houve crime de racismo, sendo a conduta do denunciado, apesar de prepotente, intolerante, pedante e preconceituosa, atípica, como se nota do seguinte trecho de seu voto:

“O paciente limita-se a reconhecer a distinção entre os grupos religiosos e explanar, na sua visão, a inviabilidade do sincretismo religioso e a prevalência do catolicismo. Ainda que, eventualmente, os dizeres possam sinalizar certa animosidade, não se explicita a mínima intenção de que os fiéis católicos procedam à escravização, exploração ou eliminação das pessoas adeptas ao espiritismo. Ao contrário, a publicação é direcionada aos católicos, a fim de pautar as opções dos respectivos fiéis.

A vinculação operada entre o espiritismo e características malignas cinge-se à afirmação da suposta superioridade da religião professada pelo paciente. Não se trata, em absoluto, de tentativa de subjugação dos adeptos do espiritismo. Nota-se, outrossim, a grave e inaceitável indicação de que sejam queimados os livros espíritas, embora exclusivamente as obras dos próprios católicos e mediante livre escolha. Por fim, cumpre assinalar que o paciente aponta que os próprios pais e mães-de-santo figurariam como vítimas do espiritismo, e, em tal medida, deveriam ser resgatados.

(...)

“A explicitação de aspectos de desigualdade, bem como da suposta inferioridade decorrente de aspectos religiosos não perfaz, por si, o elemento típico. Indispensável que se verifique o especial fim de supressão ou redução da dignidade do diferente, elemento que confere sentido à discriminação que atua como verbo núcleo do tipo. Sendo assim, a afirmação de superioridade direcionada à realização de um suposto “resgate” ou “salvação”, apesar de indiscutivelmente preconceituosa, intolerante, pedante e prepotente, encontra guarida na liberdade de expressão religiosa e, em tal dimensão, não preenche o âmbito proibitivo da norma penal incriminadora”³⁴⁷.

O voto do relator teve a adesão dos Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio e Luís Roberto Barroso, que pouco acrescentaram ao entendimento firmado. Ficou vencido o Ministro Luiz Fux, que, discordou do trancamento da ação penal, entendendo necessária maior apuração, sem, contudo, fundamentar precisamente por quais razões discordava do relator.

³⁴⁷ Páginas 23 e 24 do inteiro teor do acórdão do RHC 134682.

O segundo caso é o RHC nº. 146.303, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em março de 2018 ³⁴⁸.

Trata-se de recurso em *habeas corpus*, que teve como paciente o Pastor da Igreja Geração Jesus Cristo, Tupirani Da Hora Lores. O Pastor foi condenado pelo crime previsto no artigo 20 da Lei nº. 7.716/89 (praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional) por, em pregações e vídeos publicados em seu site ³⁴⁹, ter incentivado o ódio a praticantes de outras religiões (católica, judaica, espírita, satânica, wicca, islâmica, umbandista e outras denominações evangélicas).

Em suas inflamadas pregações, o Pastor faz orações pelo fim de determinadas igrejas, atribui diversos atos criminosos a membros de religiões distintas da sua e convoca seus seguidores para a “guerra”, por meio de atos e manifestações. Suas pregações incentivaram quatro fieis de sua igreja a depredarem o templo do Centro Espírita Cruz de Oxalá no Rio de Janeiro em 2008. Mais recentemente, o pastor Tupirani convocou ato contra refugiados sírios, com mensagens dizendo que o todos os muçulmanos são assassinos, estupradores e pedófilos, com cartazes com palavras de ódio como “*Alcorão guia de estupros e assassinatos*” e canções que demonstram ódio compostas pelo próprio pastor ^{350 351}.

Neste caso, a decisão do Supremo Tribunal Federal foi diversa. Reconhecendo que a incitação ao ódio contra quaisquer denominações religiosas e seus seguidores não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão, a Segunda Turma do Tribunal, por maioria de votos ³⁵², negou provimento ao recurso.

³⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 146303, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 06/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-159 DIVULG 06-08-2018 PUBLIC 07-08-2018, disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=747868674> >, acesso em 23.10.2018.

³⁴⁹ O site do Pastor é o <http://www.ogritodameianoite.webs.com/>

³⁵⁰ Exemplo destas canções é a que foi gravada no seguinte vídeo: <<https://www.youtube.com/watch?v=ZSTJ8Voq5Ts>>, acesso em 23 de outubro de 2018.

³⁵¹ O caso do Pastor Tupirani foi relatado por Bruna de Lara na Revista Piauí de 26 de dezembro de 2017 e encontra-se disponível no site eletrônico:< <http://piaui.folha.uol.com.br/c/nao-votaras/>>. Acesso em 27 de dezembro de 2017

³⁵² Vencido o ministro Edson Fachin, que dava parcial provimento ao recurso para determinar o trancamento da ação penal. Apesar do RHC 146303 ter sido julgado pela Segunda Turma do Supremo

O Ministro Edson Fachin, que foi novamente o relator, em voto vencido, apresentou os mesmos fundamentos de seu voto no RHC 134682, concluindo que, também neste caso envolvendo o Pastor Tupirani, a conduta do líder religioso estaria resguardada pela liberdade de crença, como se nota do seguinte trecho de seu voto:

“Da leitura da sentença condenatória, revela-se indubitável que há efetivo embate entre convicções religiosas. Todavia, ainda que, eventualmente, os dizeres do paciente possam sinalizar animosidade, não se explicita conduta direcionada à escravização, exploração ou eliminação violenta das pessoas adeptas a crenças diversa.

A vinculação operada entre as crenças alvo dos discursos incriminados e características malignas cinge-se à afirmação da suposta superioridade da religião professada pelo paciente.

*Ademais, conforme assentado pelo Superior Tribunal de Justiça, o discurso do paciente teria sido proferido ‘**contra várias religiões** (católica, judaica, espírita, satânica, wicca, islâmica, umbandista e, até mesmo, contra outras denominações da religião evangélica)’, sendo que muitas delas sequer podem ser consideradas associadas a grupos minoritários. Esse cenário, a meu ver, corrobora que tais explicitações não se destinam à discriminação e subjugação dos adeptos de uma crença diferente determinada, mas, em verdade, voltam-se à exaltação da suposta correção e adequação da religião professada pelo paciente.*

*Nota-se, outrossim, a grave e inaceitável indicação de que os livros exibidos pelo paciente ‘**irão para o lixo** e que não os rasgaria para não sujar o estúdio’. Contudo, tal afirmação, com alto teor retórico, não desborda da ambiência dos exemplares do próprio agente”*³⁵³.

Tal conclusão não formou maioria na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. A divergência se iniciou com o voto do Ministro Dias Toffoli, que reconhecendo a diversidade de credos, prega a tolerância religiosa como forma de sobrevivência da multiplicidade de crenças existentes no Brasil. Nas palavras do Ministro:

*“O direito à liberdade religiosa é, portanto, em grande medida, o direito à multiplicidade de crenças/descrenças religiosas, que se **vinculam e se harmonizam – para a sobrevivência de toda essa multiplicidade de fés protegida constitucionalmente – na chamada tolerância religiosa.***

*Por isso destaquei, em sessão, que esse elemento – a tolerância religiosa – é parte indissociável da feição e da construção de nosso Estado Democrático de Direito. **Caracteriza-se, ainda, como***

Tribunal Federal e o RHC 134682 pela Primeira Turma, como o Ministro Edson Fachin mudou de turma, foi o único que julgou os dois casos.

³⁵³ Página 25 do inteiro teor do acórdão do RHC 146303.

elemento intrínseco de limitação do direito à liberdade religiosa, traduzindo-se em parâmetro primeiro para a exteriorização de condutas de uma fé que atinjam outras formas de crença religiosa.

Nesse passo, há, em meu entender, que se fazer distinção entre o discurso religioso (que é centrado na própria crença e nas razões da crença) e o discurso sobre a crença alheia, especialmente quando se faça com intuito de atingi-la, rebaixá-la ou desmerecê-la (ou a seus seguidores). Um é tipicamente a representação do direito à liberdade de crença religiosa; outro, em sentido diametralmente oposto, é o ataque ao mesmo direito”.

(...)

“Entendo que os limites ao direito à liberdade de crença (e de professá-la, por natural) são os mesmos, qualquer que seja a fé considerada, não se admitindo que o propósito de conquistar fiéis assegure, ou em qualquer medida legítima, a desqualificação de qualquer outra crença (ou descrença). Concepção dessa ordem transitiva, em meu entender, na linha limítrofe entre a profecia da religiosidade e o deliberado propósito de aniquilamento ou desmerecimento de outra religião, com as arbitrariedades já ocorridas ao longo da história.

Em nosso país, temos os tristes episódios de dizimação de culturas indígenas relacionados à (então) considerada legítima catequese promovida por jesuítas e salesianos”³⁵⁴.

Os demais ministros, na mesma linha do Ministro Dias Toffoli, consideraram que o exercício da liberdade religiosa e de expressão não é absoluto, pois deve respeitar restrições previstas na própria Constituição. Nessa medida, os postulados da igualdade e da dignidade pessoal dos seres humanos constituem limitações externas à liberdade de expressão, que não pode e não deve ser exercida com o propósito subalterno de veicular práticas criminosas tendentes a fomentar e a estimular situações de intolerância e de ódio público.

Com base nessas premissas, os Ministros que formaram a maioria entenderam que as condutas praticadas pelo Pastor representam abusos graves contra os valores, fundamentos e princípios da Constituição Federal, indo de encontro ao que consigna o preâmbulo. O religioso agiu contra a harmonia social e a fraternidade que os constituintes procuraram construir a partir da promulgação do texto constitucional. Logo, como compete ao Estado exercer o papel de pacificador da sociedade, para, assim, evitar uma guerra entre religiões, como acontece em outras regiões do mundo, a ação penal deveria ter seguimento, na medida em que os fatos se enquadram na figura delitiva do art. 20, § 2º, da Lei 7.716/1989.

³⁵⁴ Páginas 33 a 35 do inteiro teor do acórdão do RHC 146303.

Constata-se que, o Ministro Edson Fachin atribui caráter mais amplo a liberdade de expressão religiosa, preocupado com a proteção do proselitismo religioso, como forma de exercício da liberdade de mudança de crença. O Ministro reconhece, também, que a forma de religiosidade atual pode ser diversa, especialmente por existirem credos universalistas, nos quais é mandamento pregar seus princípios religiosos e converter os que não acreditam.

Por outro lado, os Ministros que formam a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, que, apreciando o RHC 146303, mantiveram a condenação do Pastor Tupirani Da Hora Lores, bem como o Ministro Luiz Fux, que negou provimento ao RHC 134682, parecem mais preocupados em coibir a intolerância religiosa.

A posição do Ministro Dias Toffoli, que reconhece a diversidade de crenças existentes no Brasil, merece destaque por pregar a tolerância a fim de evitar que os credos minoritários desapareçam por força do ódio de discursos universalistas agressivos.

Entendemos que apenas no segundo caso o discurso religioso pode provocar atos de violência contra os seguidores de outras religiões e seus objetos sagrados (*fighting words*), como de fato ocorreu. Assim, concordamos com as conclusões dos julgados.

Porém, em havendo conflito entre a liberdade crença/proselitismo e a intolerância religiosa, só mesmo o caso concreto pode definir se os limites foram mesmo ultrapassados.

4.3 - ADPF 54 / DF – Liberdade religiosa e o aborto do feto anencefálico

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n°. 54 foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) com o objetivo de declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto com anencefalia é conduta tipificada nos artigos 124,

126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal ³⁵⁵, e, portanto, crime, sujeito à pena de detenção de um a três anos, se praticado ou consentido pela gestante, e de reclusão de um a quatro anos, quando praticado por terceiro com o consentimento da gestante ³⁵⁶.

Diversamente dos julgados apreciados nos tópicos anteriores, em que a liberdade religiosa figurava como fundamento do pedido, na ADPF nº. 54, entre os preceitos fundamentais alegados como contrariados, a autora não faz referência à liberdade religiosa. Sustenta que a antecipação terapêutica do parto do feto anencefálico atenta contra o princípio da dignidade da pessoa humana, pois a gravidez de feto sem viabilidade de vida extrauterina impõe à gestante sofrimento comparável à tortura psicológica, além da contrariedade aos preceitos da legalidade, da liberdade, da autonomia da vontade e do direito à saúde.

Por outro lado, ainda que a liberdade religiosa não estivesse relacionada entre os preceitos a serem resguardados pelo Supremo Tribunal Federal, o tema foi amplamente discutido no julgamento, tendo em vista que o Tribunal debateu conceito jurídico de vida, divergente da concepção religiosa majoritária, tocando em tema sensível para diversos credos.

A importância do tema posto em julgamento para organizações religiosas é tanta, que a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), representante da religião católica, solicitou o ingresso na ação como *amicus curiae*, tendo seu pedido indeferido pelo Ministro Marco Aurélio, relator do processo.

Embora tenha indeferido a participação da CNBB na qualidade de *amicus curiae*, o Ministro relator convocou audiência pública, ouvindo representante da CNBB,

³⁵⁵ Código Penal:

Art. 124 - *Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:*

Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 126 - *Provocar aborto com o consentimento da gestante:*

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Art. 128 - *Não se pune o aborto praticado por médico:*

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

³⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011, disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>, acesso em 23.10.2018.

bem como de outros grupos religiosos, a Igreja Universal do Reino de Deus, a Organização Católica pelo Direito de Decidir e a Associação Médico-Espírita do Brasil³⁵⁷.

Desta forma, o tema da liberdade religiosa foi inserido no julgamento, tanto pelos defensores da descriminalização do “aborto”³⁵⁸ do feto anencefálico, quanto por aqueles que se opõe a tal medida³⁵⁹.

O voto do Ministro Marco Aurélio, que contou com a adesão da maioria do Supremo Tribunal Federal, julgando procedente a ação, destinou tópico sobre a liberdade religiosa, entendendo que a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencefálico não se coaduna com o princípio do Estado laico³⁶⁰.

³⁵⁷ Além das referidas organizações, que expressamente assumem ligação religiosas, outras entidades que se manifestaram na audiência pública também mencionaram a liberdade religiosa, como é o caso da Dra. Debora Diniz, representante do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS).

³⁵⁸ Para os autores da ação, quando o feto tem anencefalia, não se trata de aborto, mas antecipação terapêutica do parto, considerando que o feto com tal formação não apresenta viabilidade de vida extrauterina. Apesar de tal entendimento ter sido acatado pela maioria do Supremo Tribunal Federal, utilizamos aqui o termo aborto em seu sentido genérico, como qualquer interrupção da gravidez.

³⁵⁹ Cumpre mencionar que representantes de entidades religiosas ou com ligação com alguma religião, como o da Igreja Universal do Reino de Deus e a da Organização Católica pelo Direito de Decidir, se mostraram favoráveis à descriminalização do aborto nesta hipótese.

³⁶⁰ Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio, como *obiter dictum*, adianta seu entendimento sobre outros conflitos envolvendo o princípio da laicidade, como a colocação de crucifixos em tribunais e a manutenção da frase “*Deus seja louvado*” nas cédulas de reais. É o que se extrai das seguintes passagens do voto vencedor:

Merece observação a temática afeta aos crucifixos e a outros símbolos religiosos nas dependências públicas. A discussão voltou à balha com a recente decisão do Conselho Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul no sentido da retirada dos símbolos religiosos dos espaços públicos dos prédios da Justiça estadual gaúcha. Ao contrário dos tempos imperiais, hoje, reafirmo, a República Federativa do Brasil não é um Estado religioso tolerante com minorias religiosas e com ateus, mas um Estado secular tolerante com as religiões, o que o impede de transmitir a mensagem de que apoia ou reprovava qualquer delas.

Há mais. Causa perplexidade a expressão ‘Deus seja louvado’ contida nas cédulas de R\$ 2,00, R\$ 5,00, R\$ 10,00, R\$ 20,00, R\$ 50,00 e R\$ 100,00, inclusive nas notas novas de R\$ 50,00 e R\$ 100,00, essas últimas em circulação a partir de 13 de dezembro de 2010. Em princípio, poder-se-ia cogitar de resquício da colonização portuguesa, quando era comum a emissão de moedas com legendas religiosas, ou de prática advinda do período imperial. Diligência junto ao Banco Central, no entanto, revelou que o Conselho Monetário Nacional – CMN, ao aprovar as características gerais das cédulas de Cruzados e de Cruzeiros, recomendou, de acordo com orientação da Presidência da República, que nelas fosse inscrita a citada locução. Nas cédulas de Cruzados, começou, então, a ser utilizada inclusive naquelas que tiveram a legenda adaptada: Cz\$ 10,00 (Rui Barbosa), Cz\$ 50,00 (Oswaldo Cruz) e Cz\$ 100,00 (Juscelino Kubitschek) – Voto CMN 166/86, Sessão 468, de 26 de junho de 1986. Quando voltou a vigorar o padrão Cruzeiro (1990), foi suprimida no início, inclusive nas que tiveram a legenda adaptada: Cr\$ 100,00 (Cecília Meireles), Cr\$ 200,00 (República) e Cr\$ 500,00 (Ruschi). Voltou a ser usada a partir da cédula de Cr\$ 50.000,00 (Câmara Cascudo), em 1992, com base no Voto CMN 129/91 – Sessão 525, de 31 de julho de 1991. No início do padrão Real, foi retirada, mas retornou, após a emissão de algumas séries, em observância ao pedido do Ministro da Fazenda (Aviso nº 395, de 30 de março de

O Ministro Relator não nega a possibilidade das organizações religiosas participarem do processo de interpretação das normas constitucionais – como ocorreu na ADPF n.º. 54 com a participação de entidades religiosas na audiência pública –, na medida em que em uma democracia não podem ser excluídos grupos que integram a sociedade, porém os argumentos religiosos devem ser traduzidos em razões seculares, sob pena de violar a laicidade e a própria liberdade religiosa, mediante a imposição de dogmas religiosos a todos, inclusive os que não seguem a mesma religião ou são descrentes. Nas palavras do Ministro Marco Aurélio, em seu voto:

“Ao Estado brasileiro é terminantemente vedado promover qualquer religião. Todavia, como se vê, as garantias do Estado secular e da liberdade religiosa não param aí – são mais extensas. Além de impor postura de distanciamento quanto à religião, impedem que o Estado endosse concepções morais religiosas, vindo a coagir, ainda que indiretamente, os cidadãos a observá-las. Não se cuida apenas de ser tolerante com os adeptos de diferentes credos pacíficos e com aqueles que não professam fé alguma. Não se cuida apenas de assegurar a todos a liberdade de frequentar esse ou aquele culto ou seita ou ainda de rejeitar todos eles. A liberdade religiosa e o Estado laico representam mais do que isso. Significam que as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos

1994, do Ministério da Fazenda, Voto BCB/221, Sessão 1.577, de 8 de junho de 1994, Comunicado MECIR 4.050, de 20 de julho de 1994).

Vê-se, assim, que, olvidada a separação Estado-Igreja, implementou-se algo contrário ao texto constitucional. A toda evidência, o fato discrepa da postura de neutralidade que o Estado deve adotar quanto às questões religiosas. Embora não signifique alusão a uma religião específica, ‘Deus seja louvado’ passa a mensagem clara de que o Estado ao menos apoia um leque de religiões – aquelas que creem na existência de Deus, aliás, um só deus, e o veneram –, o que não se coaduna com a neutralidade que há de ditar os atos estatais, por força dos mencionados artigos 5º, inciso VI, e 19, inciso I, da Constituição da República”. (pp. 40 e 41 do inteiro teor do acórdão)

Em contraposição ao entendimento do Ministro Marco Aurélio, após seu voto, o Ministro Gilmar Mendes também se manifestou no julgamento da ADPF n.º. 54 sobre a possível inconstitucionalidade da colocação de crucifixo nos tribunais, negando-a, como se nota da seguinte explicação feita pelo Ministro:

Senhor Presidente, estou fazendo essas observações porque a presença no debate das entidades religiosas faz com que, às vezes, essas entidades sejam quase que colocadas nesse julgamento no banco de réus, como se estivessem a fazer algo de indevido. E é bom que se diga que elas não estão fazendo algo de indevido, ao apresentarem as advertências que lhes incumbe enquanto missão institucional.

Por outro lado, Presidente, é preciso tratar dessa temática de forma ‘desemocionalizada’. A herança religiosa, que se reflete inclusive nos feriados nacionais, pode se revelar em fontes racionais e emocionais de consenso de que necessita o estado constitucional, no dizer de Peter Häberle.

Eu, recentemente, acompanhava esse célebre caso dos crucifixos, agora referidos, a partir da decisão do Conselho Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul, e ficava preocupado com esse tipo de desenvolvimento. Talvez, daqui a pouco, nós tenhamos a supressão do Natal em nosso calendário – para isso chama a atenção Häberle –, ou, sei lá, a revisão do calendário gregoriano.

Quer dizer, toda a cultura cristã. O domingo – embora o texto constitucional até diga que o descanso há de se fazer, preferencialmente, aos domingos – já foi objeto até de discussão. Ou, sei lá se alguma figura inspirada, numa ação civil pública, não vai pedir a supressão do Cristo ou a demolição do Cristo Redentor, no Rio de Janeiro. Em suma, é preciso ter muito cuidado com esse tipo de delírio, com esses faniquitos anticlericais. (p. 310 do inteiro teor do acórdão).

fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade no campo da reprodução.

A questão posta neste processo – inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencéfalo – não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas. Essa premissa é essencial à análise da controvérsia.

Isso não quer dizer, porém, que a oitiva de entidades religiosas tenha sido em vão. Como bem enfatizado no parecer da Procuradoria Geral da República relativamente ao mérito desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, ‘numa democracia, não é legítimo excluir qualquer ator da arena de definição do sentido da Constituição. Contudo, para tornarem-se aceitáveis no debate jurídico, os argumentos provenientes dos grupos religiosos devem ser devidamente ‘traduzidos’ em termos de razões públicas’, ou seja, os argumentos devem ser expostos em termos cuja adesão independa dessa ou daquela crença”³⁶¹.

Entendimento semelhante ao do Ministro Marco Aurélio foi sustentado no voto de outros Ministros que o acompanharam ³⁶², como a Ministra Cármen Lúcia, que entende desejável a diferença de ideias e crenças, mas consigna que a tomada de decisão deve se pautar pelos comandos normativos da Constituição, *in verbis*:

“A sociedade brasileira conta com grupos contrários ao aborto e mesmo contra a interrupção da gravidez nos casos de feto comprovadamente portador de anomalia fetal. Não apenas a diferença de ideias e crenças é válida, aceitável e desejável numa democracia como respeitáveis todas as opiniões. Entretanto, a tomada de decisão jurídica há de se ater aos comandos normativos da Constitucional, máxime aos seus princípios, do qual é o primeiro o da dignidade humana.

Ao argumento da imoralidade da interrupção da gravidez do feto anencéfalo, o Direito não pode se moldar segundo questões de crenças religiosas contrárias ao princípio da dignidade humana. A regência estatal dá-se segundo o direito, conjunto de normas jurídicas”³⁶³.

Parece claro que os Ministros não discordam que temas de tamanho significado para determinadas crenças religiosas, quando objeto de julgamento pelo STF, devem contar com a interferência das organizações religiosas, sendo legítima a participação no processo, mediante argumentos e considerações.

³⁶¹ Página 43 do inteiro teor do acórdão

³⁶² Assim como o Ministro Marco Aurélio, os Ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Ayres Britto julgaram totalmente procedente a ação.

³⁶³ Página 228 do inteiro teor do acórdão.

O Ministro Gilmar Mendes ³⁶⁴, que apresentou voto divergindo do Relator em alguns pontos, quanto à participação de organizações religiosas no julgamento, foi além, chegando a criticar o indeferimento do pedido inclusão no feito como *amicus curiae* formulado por tais entidades, como se nota dos seguintes trechos de seu voto:

“O amplo debate ético e moral que a presente discussão envolve despertou a manifestação de diversas organizações da sociedade, inclusive as de caráter religioso.

Nesse contexto, é importante refutar a compreensão de que o Estado laico previsto na CF/1988 impede a manifestação e a participação de organizações religiosas nos debates públicos. Os argumentos de entidades e organizações religiosas podem e devem ser considerados pelo Estado, pela Administração, pelo Legislativo e pelo Judiciário, porque também se relacionam a razões públicas e não somente a razões religiosas.

...

*Nos temas de aprofundado conteúdo moral e ético, é importante, se não indispensável, escutar a manifestação de cristãos, judeus, muçulmanos, ateus ou de qualquer outro segmento religioso, não só por meio das audiências públicas, quanto por meio do instituto do *amicus curiae*.*

Essa construção jurisprudencial sugere a adoção de um modelo procedimental que ofereça alternativas e condições para permitir, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional. Essa nova realidade pressupõe, além de amplo acesso e participação de sujeitos interessados no sistema de controle de constitucionalidade de normas, a possibilidade efetiva de o Tribunal Constitucional contemplar as diversas perspectivas na apreciação da legitimidade de um determinado ato questionado.

...

Por esses motivos, parece não ser razoável a ausência, nesse julgamento, de entidades da sociedade, como a CNBB e ONGs ³⁶⁵.

Quanto ao tema da liberdade religiosa e do princípio da laicidade, a única voz dissonante pareceu a do Ministro Cezar Peluso, que votou pela improcedência da ação ³⁶⁶, sugerindo que a liberdade religiosa não pode servir como escusa para o cometimento de crime, como se extrai do seguinte trecho de sua fundamentação:

³⁶⁴ Os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, vencidos, julgaram a ação procedente, mas acrescentando condições de diagnóstico de anencefalia.

³⁶⁵ Páginas 271 a 275 do inteiro teor do acórdão.

³⁶⁶ Assim como o Ministro Cezar Peluso, o Ministro Ricardo Lewandowski também votou pela improcedência da ação, entendendo que o STF não poderia atuar como legislador positivo, não mencionado a liberdade religiosa em seu voto.

“É mal-avisada, se não imprópria, a remissão à liberdade de crença e de expressão religiosas, bem como ao caráter laico do Estado. A hipótese é de crime típico, que esta Corte não tem competência para abolir ou atenuar, muito menos sob tão débil quão especioso fundamento. Levados às últimas consequências, os princípios sustentados da autora – e esse é risco sempre latente –, poderia uma religião satânica ou um culto demoníaco preconizar, como lícita e moral, a realização expiatória de sacrifícios humanos, recorrendo às mesmas bases argumentativas. Em termos mais diretos, a liberdade religiosa, aliada a outros valores jurídicos, como, p. ex., a autonomia individual, impertinente mas arditosamente invocados, afastaria a tipicidade penal e o despropósito dessas abomináveis condutas, que deixariam de repugnar ao espírito civilizado e já não representariam cruéis homicídios, porque, numa espécie de severa miopia intelectual, seriam vistas sob a ilusão da sombra da liberdade religiosa e de outros valores constitucionais adulterados a título de justificação.

Se parece absurda a hipótese, e deveras o é, maior espanto deveria causar sua pretensa semelhança com o caso em debate: a agressão ao valor constitucional da vida humana é, sem tirar nem por, exatamente a mesma, aqui e ali. E a falsidade lógico-jurídica do argumento da liberdade religiosa e da aplicabilidade doutros princípios constitucionais, como o da autonomia individual, é idêntica, lá e cá. O cometimento de crime tipifica-se em ambas as hipóteses; o que lhes varia é apenas a capitulação: homicídio, no exemplo hipotético, e aborto, no caso em exame”³⁶⁷.

Nota-se que o Ministro Cezar Peluso, então Presidente do STF, discordou da inserção da liberdade religiosa no julgamento, considerando que a liberdade de crença não justifica a limitação ao direito à vida. Porém, tal direito fundamental não foi arguido como preceito fundamental contrariado na tipificação do aborto em caso de anencefalia. Não foi este o papel que a liberdade religiosa ocupou na ADPF n.º 54.

A liberdade religiosa sempre participará da interpretação das normas constitucionais, que deve ser plural e respeitar o princípio da unidade da Constituição. Assim, toda vez que houver sentido interpretativo capaz de se contrapor à crença, duas medidas hão de ser adotadas pelo Tribunal Constitucional: admitir a participação de entidades religiosas, que terão a oportunidade de justificar seu entendimento não só por razões confessionais, mas por motivos de ordem pública; e não permitir que os dogmas religiosos, por si só, possam servir de base para a solução interpretativa.

³⁶⁷ Páginas 384 e 385 do inteiro teor do acórdão.

Organizações religiosas, como a CNBB, devem participar do processo de evolução da liberdade e dos direitos fundamentais, tendo no caso em exame, sustentado posição que aprimoraria o direito à vida, estendendo-o ao feto anencefálico, porém, os conceitos religiosos – como o conceito de vida – não podem, tão somente por razões confessionais, se sobrepor aos conceitos apoiados nos valores constitucionais.

Como afirmamos no capítulo 2, deve ser admitida a participação de crentes com contribuições religiosas para formação da razão pública. Admitimos a “visão inclusiva” de JOHN RAWLS, segundo a qual em sociedades não ordenadas, como a nossa, o discurso religioso pode servir como suporte à razão pública, protegendo valores do ser humano.

No entanto, diante do pluralismo religioso e, em razão do princípio da laicidade, a Constituição só pode ser interpretada com base em princípios e valores racionais e razoáveis, que possam ser aceitos por todos. Logo, as doutrinas religiosas não podem, isoladamente, servir como base para a interpretação constitucional. Outros aspectos como o ponto de vista social, os conceitos da medicina e a consequência prática da decisão devem ser levados em consideração.

Deste modo, na ADPF nº 54, entendemos que o Supremo Tribunal Federal permitiu a participação de organizações religiosas no processo interpretativo do conceito de vida, na medida em que se realizou audiência pública, na qual se ouviu o entendimento dos representantes de credos majoritários. Porém, o indeferimento do pedido de ingresso como *amicus curiae* da CNBB pelo Ministro Marco Aurélio, não permitiu que tal participação fosse mais incisiva e capaz de apresentar todos os argumentos defendidos pelos que tem fé. A crítica, portanto, do Ministro Gilmar Mendes é correta ³⁶⁸.

³⁶⁸ Na ADI 4439 – a que tratou sobre o ensino religioso, aprofundado no tópico 4.1 da presente tese –, por exemplo, muitas entidades que foram ouvidas em audiência pública, também ingressaram como *amicus curiae*. A ADI 4439 foi julgada cinco anos depois da ADPF 187. Assim, parece ter havido evolução no Supremo Tribunal Federal, quanto à participação das organizações religiosas em ações que visam definir conceitos fundamentais para a sua crença e a sua atuação perante a sociedade.

A conclusão do julgamento, no entanto, atendeu ao princípio da laicidade e, em nosso entendimento, conseguiu compatibilizar o princípio da laicidade, sem que se impusesse conceito de vida religioso e a liberdade de crença dos que seguem o conceito rejeitado.

4.4 - ADPF 187 / DF – Liberdade de culto e o uso de drogas nas celebrações religiosas:

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 187 foi proposta pela Procuradoria-Geral da República, postulando fosse dada interpretação conforma à Constituição, ao artigo 287 do Código Penal ³⁶⁹, de forma a excluir qualquer exegese que pudesse ensejar a criminalização da defesa da legalização das drogas, ou de qualquer substância entorpecente específica, inclusive através de manifestações e eventos públicos, como a “marcha da maconha” ³⁷⁰.

Assim como na ADPF nº 54, a liberdade religiosa não fez parte da fundamentação do pedido formulado pela Procuradora-Geral da República, em exercício, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, que embasou seu pedido nas liberdades de reunião e de expressão.

Porém, o Ministro Relator, Celso de Mello, admitiu o ingresso no processo como *amici curiae* do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCRIM) e da Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos (ABESUP), tendo esta segunda entidade ampliado o objeto da demanda, pretendendo o reconhecimento da legitimidade jurídica, com a consequente declaração de ausência de tipicidade penal, de determinadas condutas, entre as quais o uso ritual da maconha em celebrações litúrgicas.

³⁶⁹ Código Penal:

Apologia de crime ou criminoso

Art. 287 - *Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:*

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

³⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 187, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 15/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 28-05-2014 PUBLIC 29-05-2014, disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195> >, acesso em 23.10.2018.

Assim, a ABESUP propôs o julgamento pelo STF de tema relacionado com o presente trabalho, qual seja exclusão da tipicidade da conduta de uso da *cannabis* em ritual religioso, como exercício da liberdade de culto.

Ocorre que, o Ministro Celso de Mello, em decisão acompanhada por todos os demais ministros presentes, desconsiderou a ampliação do pedido, pois feita por *amicus curiae*, que sequer possui legitimidade ativa para propor ADPF, não podendo ampliar o pedido formulado pela Procuradoria-Geral da República. No mérito, o pedido, nos termos como proposto pelo Ministério Público da União foi julgado procedente.

Por outro lado, ainda que sem proferir julgamento dos pedidos adicionais formulados pela ABESUP, no tocante ao uso ritual de plantas alucinógenas e de drogas ilícitas em celebrações litúrgicas, o Ministro Relator incluiu tópico em seu voto, sobre o tema ³⁷¹, ainda que em evidente *obiter dictum*.

Desta forma, convém expor a problemática como apresentada pelo Ministro Celso de Mello, que ainda que não se pode ser considerada jurisprudência, indica entendimento passível de citação como precedente para casos futuros.

O Ministro deixou registrado que o Conselho Nacional de Política sobre Drogas já considerou legítima a utilização religiosa da Ayahuasca ³⁷² (Resolução CONAD n.º 1/2010). Além disso, a Convenção de Viena sobre Substâncias Psicotrópicas, assinada pelo Brasil em 1971 e formalmente incorporada ao ordenamento positivo nacional (Decreto n.º 79.388/77), admitiu a possibilidade, desde que oferecida reserva de utilização lícita de plantas silvestres que contenham substâncias psicotrópicas (artigo 32, n. 4 ³⁷³). O Brasil não ofereceu reserva à Convenção, mas o artigo 2º da Lei de

³⁷¹ A própria Ementa do julgado faz referência à liberdade religiosa.

³⁷² Ayahuasca é tipo de droga alucinógena utilizada em rituais de diversas religiões como a União Vegetal, o Santo Daime e a Barquinha.

³⁷³ Art. 32, n. 4, Convenção de Viena sobre Substâncias Psicotrópicas (Decreto n.º 79.388/77): *O Estado em cujo território cresçam plantas silvestres que contenham substâncias psicotrópicas dentre as incluídas na Lista I, e que são tradicionalmente utilizadas por pequenos grupos, nitidamente caracterizados, em rituais mágicos ou religiosos, poderão, no momento da assinatura, ratificação ou adesão, formular reservas em relação a tais plantas, com respeito às disposições do artigo 7º, exceto quanto às disposições relativas ao comércio internacional.*

Drogas (Lei nº. 11.343/2006) ³⁷⁴ excepcionou a proibição das drogas com relação a tais plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.

Após mencionar a disciplina legal do uso de drogas para fins religioso no Brasil, o Relator entende que tais diplomas resguardam a liberdade de crença, a liberdade de culto, a liberdade de organização religiosa, a liberdade de elaboração de um “*corpus*” doutrinário e a liberdade contra a interferência do Estado, como se nota dos seguintes trechos de seu voto:

“A Resolução em causa, ao assim definir o tema, preserva a liberdade religiosa, cujo conteúdo material compreende, na abrangência de seu amplo significado, dentre outras prerrogativas essenciais, a liberdade de crença (que traduz uma das projeções da liberdade de consciência), a liberdade de culto, a liberdade de organização religiosa, a liberdade de elaboração de um “corpus” doutrinário e a liberdade contra a interferência do Estado, que representam valores intrinsecamente vinculados e necessários à própria configuração da ideia de democracia, cuja noção se alimenta, continuamente, dentre outros fatores relevantes, do respeito ao pluralismo.

...

O exame do preceito legal ora reproduzido revela que se trata de expressiva inovação introduzida em nosso sistema de direito positivo, pois reflete a preocupação do Poder Público em respeitar a liberdade religiosa e, notadamente, em manter incólumes os rituais e as celebrações litúrgicas de qualquer denominação confessional, em ordem a excluir a possibilidade de intervenção repressiva do Estado motivada por atos que, registrados durante o culto, possam culminar em utilização cerimonial de bebidas ou de plantas alucinógenas cujo consumo seja dogmaticamente qualificado como prática essencial, em termos espirituais, segundo os cânones e as concepções teológicas formulados com apoio no corpo doutrinário que dá sustentação teórica a uma particular comunidade de fiéis.

Observo, a título de mera ilustração, que a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em 2006, no julgamento do caso “Gonzales v. O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal” (546 U.S. 418), que se referia à utilização ritual da Ayahuasca pelos seguidores do Centro Espírita Beneficente União do Vegetal, entidade religiosa fundada no Brasil, com representação no Estado do Novo México (EUA), proferiu decisão unânime (8 x 0) que reconheceu, no contexto do direito fundamental à liberdade religiosa, a possibilidade do uso litúrgico de referida bebida (“sacramental tea”), não obstante identificada por seus notórios efeitos psicoativos, afastando a

³⁷⁴ Art. 2º, Lei 11.343/2006: *Ficam proibidas, em todo o território nacional, as drogas, bem como o plantio, a cultura, a colheita e a exploração de vegetais e substratos dos quais possam ser extraídas ou produzidas drogas, ressalvada a hipótese de autorização legal ou regulamentar, bem como o que estabelece a Convenção de Viena, das Nações Unidas, sobre Substâncias Psicotrópicas, de 1971, a respeito de plantas de uso estritamente ritualístico-religioso.*

incidência, nesse caso específico, de estatutos federais norte-americanos, como o “Religious Freedom Restoration Act (RFRA)”. Tal discussão, porém, embora proposta pela ABESUP (que, para tanto, ampliou, indevidamente, o objeto da presente demanda), não está em causa neste processo, como enfatizado em passagem anterior deste voto, não tendo pertinência, portanto, na presente sede processual”³⁷⁵.

Assim, ainda que não tenha sido apreciado o tema como objeto do julgamento, na linha do que foi exposto pelo Ministro Celso de Mello, a proibição ao uso de entorpecentes não alcança as substâncias psicoativas usadas no contexto religioso, em cultos e rituais.

Neste caso, a liberdade religiosa caminha lado a lado com diversas outras vertentes da liberdade, como a autonomia individual, a intimidade e a vida privada, entre outros direitos arguídos em favor da descriminalização do uso de drogas em quaisquer circunstâncias. Entendemos que a prevalência da autoridade do Estado aniquilaria a liberdade religiosa e a autonomia dos membros da referida comunidade, pois a lei, desviada de sua finalidade de garantir o bem-estar social, ultrapassaria o espaço público, invadindo a esfera individual, as crenças da pessoa e o meio de conexão com o transcendente³⁷⁶.

O Supremo Tribunal Federal, na voz do Ministro Celso de Mello, na ADPF 187, portanto, acertadamente, reconheceu a existência de crenças e cultos minoritários, que podem, até mesmo, a fazer uso de substâncias contrárias à moral majoritária. Mais uma vez, portanto, o Supremo Tribunal Federal não se omite quanto ao tema do pluralismo religiosos, permitindo o exercício da liberdade de culto, ainda que por credo não popular.

Ainda que o tema pudesse ficar ausente do julgamento, tendo em vista a impossibilidade de ampliação do objeto da demanda por *amicus curiae*, o Ministro Celso de Mello fez constar da ementa do julgado a interpretação do princípio da liberdade religiosa acerca da possibilidade do uso de plantas alucinógenas e drogas

³⁷⁵ Páginas 55 a 58 do inteiro teor do acórdão.

³⁷⁶ Entendemos que a vedação ao uso de substâncias psicotrópicas em cultos religiosos fugiria do equilíbrio necessário entre autoridade e liberdade que destacamos no tópico 1.2 do presente trabalho.

ilícitas em cultos. Assim, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a importância do tema e demonstrou o cuidado com a garantia constitucional da liberdade de culto.

No caso em exame não houve participação de entidades religiosas em audiência pública ou na qualidade de *amicus curiae*, até porque o não fazia parte do pedido original da Procuradoria-Geral da República. Assim, o Supremo Tribunal Federal não merece críticas neste caso. Porém, se o tema do uso de substâncias ilícitas em celebrações religiosas for colocado em julgamento, as entidades religiosas devem ser ouvidas.

4.5 - ADPF 132 / RJ (ADI 4.277 / DF) – Liberdade religiosa e o conceito de família no estado laico:

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 132, proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro, requeria interpretação conforme à Constituição de normas estaduais e ao artigo 1.723 do Código Civil ³⁷⁷, de forma a não proibir que as uniões estáveis homoafetivas tenham o mesmo regime jurídico das uniões entre homem e mulher ³⁷⁸.

Parte do pedido da ADPF nº. 132 foi considerado prejudicado, tendo em vista a alteração na legislação do Estado do Rio de Janeiro, restando questionado apenas o artigo do Código Civil, o que provocou a transformação da ADPF em ação direta de inconstitucionalidade, pois a norma questionada restante é artigo de lei federal posterior ao parâmetro de controle de constitucionalidade.

Além disso, a Procuradoria-Geral da República ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 4.277, com pedido semelhante à ADPF nº. 132, requerendo o reconhecimento, no Brasil, da união entre pessoas do mesmo sexo, como

³⁷⁷ Art. 1.723, Código Civil: *É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.*

³⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001, disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633> >, acesso em 23.10.2018.

entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, bem como para que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo.

Ante a similaridade dos pedidos, as duas ações foram julgadas em conjunto, tendo a ADI nº. 4.277 sido distribuída, por dependência à ADPF nº 132, ao mesmo Relator, Ministro Ayres Britto.

Este caso, assim como no do aborto do feto anencefálico (ADPF nº. 54), contou com a participação da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), desta vez na qualidade de *amicus curiae*, demonstrando o interesse de credo religioso no julgamento da ação. Nesta oportunidade, porém, o conflito se inseriu, não no conceito de vida, mas no conceito religioso de família³⁷⁹, diverso do proposto pelos autores da ação.

O tema da liberdade religiosa também foi abordado tanto pela Procuradora-Geral da República em exercício, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, na petição inicial da ADI nº. 4.277, quanto pelos Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello nos respectivos votos.

O conceito religioso de família, bem como a interpretação do Código Civil, que admitem tão somente a união heteroafetiva, excluindo as relações entre pessoas do mesmo sexo, que no plano fático são observadas, pois nem todos tem a mesma orientação sexual, acaba por confrontar uma série de direitos fundamentais dessas pessoas, como a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Em observância a tais direitos individuais, bem como a segurança jurídica e o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, a ação foi julgada procedente, admitindo a união estável homoafetiva. Além disso, o Tribunal, por maioria de votos na

³⁷⁹ Nos termos da manifestação da CNBB, o vínculo familiar consiste na união conjugal da mulher e do homem e do homem e da mulher, tanto que tal entidade (a família), assim organizada, dá amparo ao instituto do casamento.

fundamentação³⁸⁰, admitiu conceito jurídico de família não compatível com o conceito proposto por organizações religiosas.

Alguns Ministro expressamente definiram o sentido de família, incluindo a união entre pessoas do mesmo sexo, como se nota das seguintes passagens dos votos:

“De toda essa estrutura de linguagem prescritiva (“textos normativos”, diria Friedrich Müller), salta à evidência que a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela – insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heterossexuais ou por pessoas assumidamente homoafetivas. Logo, família como fato cultural e espiritual ao mesmo tempo (não necessariamente como fato biológico). Tanto assim que referida como parâmetro de fixação do salário mínimo de âmbito nacional (inciso IV do art. 7º) e como específica parcela da remuneração habitual do trabalhador (“salário-família”, mais precisamente, consoante o inciso XII do mesmo art. 5º), sem que o Magno Texto Federal a subordinasse a outro requisito de formação que não a faticidade em si da sua realidade como autonomizado conjunto doméstico. O mesmo acontecendo com outros dispositivos constitucionais, de que servem de amostra os incisos XXVI, LXII e LXIII do art. 5º; art.191; inciso IV e §12 do art. 201; art. 203; art. 205 e inciso IV do art. 221, nos quais permanece a invariável diretriz do não-atrelamento da formação da família a casais heteroafetivos nem a qualquer formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa; vale dizer, em todos esses preceitos a Constituição limita o seu discurso ao reconhecimento da família como instituição privada que,

³⁸⁰ Os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso julgaram procedente a ação, mas ficaram vencidos na fundamentação entendendo que o conceito de família não se estendia às uniões homoafetivas, tendo em vista as balizas interpretativas do artigo 226 da Constituição Federal, porém tais relações haveriam de ser reconhecidas por analogia.

Dispõe o artigo 226 da Constituição Federal:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

*voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica”*³⁸¹.

(Voto do Ministro Ayres Britto)

“Tem-se, pois, que a proteção constitucional da família não se deu com o fito de se preservar, por si só, o tradicional modelo biparental, com pai, mãe e filhos. Prova disso é a expressa guarida, no § 4.º do art. 226, das famílias monoparentais, constituídas apenas pelo pai ou pela mãe e pelos descendentes; também não se questiona o reconhecimento, como entidade familiar inteira, dos casais que, por opção ou circunstâncias da vida, não têm filhos. Bem ao contrário, a Constituição de 1988 consagrou a família como instrumento de proteção da dignidade dos seus integrantes e do livre exercício de seus direitos fundamentais, de modo que, independentemente de sua formação – quantitativa ou qualitativa –, serve o instituto como meio de desenvolvimento e garantia da existência livre e autônoma dos seus membros.

Dessa forma, o conceito constitucional pós-1988 de família despiu-se de materialidade e restringiu-se a aspectos meramente instrumentais, merecendo importância tão-somente naquilo que se propõe à proteção e promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Em síntese, não pode haver compreensão constitucionalmente adequada do conceito de família que aceite o amesquinamento de direitos fundamentais.

O que, então, caracteriza, do ponto de vista ontológico, uma família? Certamente não são os laços sanguíneos, pois os cônjuges ou companheiros não os têm entre si e, mesmo sem filhos, podem ser uma família; entre pais e filhos adotivos também não os haverá. De igual modo, a coabitação não será necessariamente um requisito – uma família se desintegra se, por exemplo, um filho vai estudar no exterior? É claro que não.

*O que faz uma família é, sobretudo, o amor – não a mera afeição entre os indivíduos, mas o verdadeiro amor familiar, que estabelece relações de afeto, assistência e suporte recíprocos entre os integrantes do grupo. O que faz uma família é a comunhão, a existência de um projeto coletivo, permanente e duradouro de vida em comum. O que faz uma família é a identidade, a certeza de seus integrantes quanto à existência de um vínculo inquebrantável que os une e que os identifica uns perante os outros e cada um deles perante a sociedade. Presentes esses três requisitos, tem-se uma família, incidindo, com isso, a respectiva proteção constitucional”*³⁸².

(Voto do Ministro Luiz Fux)

“Revela-se, então, a modificação paradigmática no direito de família. Este passa a ser o direito “das famílias”, isto é, das famílias plurais, e não somente da família matrimonial, resultante do casamento. Em detrimento do patrimônio, elegeram-se o amor, o carinho e a afetividade entre os membros como elementos centrais de caracterização da entidade familiar. Alterou-se a visão tradicional sobre a família, que deixa de servir a fins meramente patrimoniais e passa a existir para que os respectivos membros possam ter uma vida

³⁸¹ Páginas 37 e 38 do inteiro teor do acórdão.

³⁸² Páginas 63 e 64 do inteiro teor do acórdão.

plena comum. Abandonou-se o conceito de família enquanto “instituição-fim em si mesmo”, para identificar nela a qualidade de instrumento a serviço da dignidade de cada partícipe”³⁸³.
(Voto do Ministro Marco Aurélio)

O entendimento firmado pelos ministros do STF contrariou a moral religiosa, que, em grande parte, não só desconhece o caráter familiar da união afetiva entre pessoas do mesmo sexo, como trata o fenômeno como pecado.

No entanto, ainda que a homossexualidade vá de encontro com as leis divinas, não sendo admitida por alguns credos, tal argumento não pode ser transportado para a lei civil de Estado laico, que não se pauta pela moral religiosa, mas por princípios e valores constitucionalmente estabelecidos, que, no caso brasileiro, veda qualquer forma de preconceito e discriminação.

Neste sentido, a Procuradora-Geral da República argumentou na petição inicial da ADI nº. 4.277:

“E quais seriam as razões existentes para justificar a impossibilidade de constituição de entidades familiares por pessoas do mesmo sexo? Além do argumento atinente à redação do art. 226, §3º, do texto magno, que será analisado e refutado em outro item, é possível listar alguns outros que vêm sendo empregados pelos opositores da legalização das uniões entre casais do mesmo sexo: estas uniões seriam ‘pecaminosas’, contrariando a lei divina e o direito natural: elas atentariam contra a ‘natureza das coisas’; elas não mereciam proteção legal porque não dão ensejo à procriação; elas estimulariam comportamentos sexuais desviantes, enfraquecendo a família e o casamento; e elas não estariam em consonância com os valores predominantes na sociedade.

Porém, nenhum destes argumentos pode ser aceito na ordem constitucional brasileira.

O argumento do ‘pecado’, como já se ressaltou antes, é francamente incompatível com os princípios da liberdade religiosa e da laicidade do Estado (art. 5º, VI e 19, I, CF). O Estado laico não pode bascar os seus atos em concepções religiosas, ainda que cultivadas pela religião majoritária, pois, do contrário, estaria desrespeitando todos aqueles que não a professam, sobretudo quando estivessem em jogo os seus próprios direitos fundamentais.

Por isso, as religiões que se opõem à legalização da união entre pessoas do mesmo sexo têm todo o direito de não abençoarem estes laços afetivos. O Estado, contudo, não pode bascar-se no discurso

³⁸³ Página 208 do inteiro teor do acórdão.

religioso para o exercício do seu poder temporal, sob pena de grave afronta à Constituição”³⁸⁴.

O argumento trazido na inicial foi acatado pelo Ministro Marco Aurélio, que, na mesma linha da Procuradoria-Geral da República, fundamentou seu voto, não deixando de destacar a aplicação da liberdade religiosa e do princípio do Estado laico em sua decisão, como se nota do seguinte trecho de seu voto:

“É fácil notar a influência da moral no Direito, por exemplo, em institutos como o casamento – no direito de família – e em tipos penais, como eram muitos dos denominados “crimes contra os costumes”, os quais têm origem comum em sentimentos morais e religiosos. A afirmação peremptória de que o discurso jurídico não pode, sob nenhuma condição, incorporar razões morais para justificar proibições, permissões ou formatar instituições mostra-se equivocada, caso contrário a própria referência constitucional ao princípio da moralidade, presente no artigo 37, cabeça, da Carta Federal, haveria de ser tachada de ilegítima. Essa constatação, porém, não afasta outra: é incorreta a prevalência, em todas as esferas, de razões morais ou religiosas. Especificamente quanto à religião, não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. As garantias de liberdade religiosa e do Estado Laico impedem que concepções morais religiosas guiem o tratamento estatal dispensado a direitos fundamentais, tais como o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à autodeterminação, o direito à privacidade e o direito à liberdade de orientação sexual”³⁸⁵.

Assim, concluímos, de acordo com o acertado julgamento da ADPF nº 132 em conjunto com a ADI nº. 4.277, que as regras e os conceitos que só se justificam por morais religiosas e ao mesmo tempo agredem outros direitos fundamentais, impedindo a evolução da liberdade, devem ser abolidos do ordenamento jurídico. É certo que o dogma religioso pode ainda ser sustentado e aplicado, mas no campo restrito da comunidade que voluntariamente aderiu à crença, jamais no âmbito normativo de Estado laico, no qual está garantida a liberdade religiosa, e onde as pessoas são livres para não acreditarem na religião majoritária nem tampouco seguirem seus mandamentos.

³⁸⁴ Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira. Petição inicial da ADI nº. 4.277, pp. 14 e 15, disponível em <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>; acesso em 23 de outubro de 2018.

³⁸⁵ Página 205 do inteiro teor do acórdão.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, portanto, corresponde à correta aplicação do princípio da laicidade, nos termos em que definimos no tópico 3.2 do presente trabalho, afastando a conceituação de família, exclusivamente, a partir do critério religioso.

Além disso, no caso em tela, o Supremo Tribunal Federal permitiu a participação de entidade religiosas no processo interpretativo constitucional, ampliando o debate sobre tema caro às religiões. No entanto, apenas instituição vinculada ao credo majoritário no Brasil, a CNBB, participou do julgamento. Seria mais democrático e compatível com a diversidade religiosa do Brasil, que representantes de outras doutrinas religiosas fossem aceitos como *amicus curiae* ou fossem chamados a participar em audiência pública, assim como ocorreu no caso do aborto do feto anencefálico, ainda que a posição não diferenciasse profundamente da defendida pela CNBB.

Logo, o Supremo Tribunal Federal, em nosso ver, acertou na conclusão da ação direta de inconstitucionalidade, porém, pecou quanto à amplitude da participação das instituições religiosas e quanto ao reconhecimento da diversidade religiosa do Brasil.

4.6 – STA 389-AgR / MG – Liberdade religiosa e a data do ENEM:

Trata-se de Agravo Regimental interposto pelo Centro de Educação Religiosa Judaica em pedido de suspensão de tutela antecipada formulado pela União, processado junto ao Supremo Tribunal Federal com o número STA 389-AgR / MG. A entidade Agravante, representando vinte e dois alunos judeus, ingressou com ação ordinária com pedido de tutela antecipada, requerendo a participação de seus representados no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), em dia compatível com o exercício da fé por eles professada, na medida em que o exame foi marcado para o sábado, dia de descanso (*Shabat*), em que a crença religiosa proíbe uma série de atividades ³⁸⁶.

³⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 389 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2009, DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-01 PP-00001 RTJ VOL-00215-01 PP-00165 RT v. 99, n. 900, 2010, p. 125-135, disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610995> >, acesso em 23.10.2018.

Após o indeferimento da tutela antecipada pelo juízo de primeiro grau, a entidade interpôs agravo de instrumento, que foi deferido pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região, sendo concedida a liminar pretendida pelos alunos judeus. No entanto, a União requereu, junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), a suspensão da liminar, dando ensejo ao processo que será analisado nas próximas linhas.

O pedido da União foi distribuído ao Ministro Gilmar Mendes, então Presidente do STF, que suspendeu a liminar concedida aos alunos de fé judaica.

O então Presidente do STF considerou que a designação de dia alternativo para a realização da prova colocaria em risco a ordem pública, entendida como ordem jurídico administrativa, atentando também contra o princípio da isonomia. Além disso, o Ministro Gilmar Mendes observou que o Ministério da Educação (MEC) adotou medida alternativa, ofertando aos alunos, na inscrição para o ENEM, a opção de “atendimento a necessidades especiais”, com o fim de garantir a possibilidade de participação de pessoas com limitações em virtude de convicções religiosas ou que se encontrassem reclusas em hospitais ou penitenciárias. Para os alunos religiosos, como os adventistas do sétimo dia ³⁸⁷, a prova seria aplicada no mesmo dia após o pôr-do-sol, período que acomodaria também os judeus, na medida em que esse momento do tempo estaria fora do período do *Shabat* ³⁸⁸.

Em seu voto no STA 389 – AgR / MG, que repete muitos dos fundamentos da decisão monocrática em que fora deferido o pedido de suspensão da tutela formulado pela União, o Ministro conclui o seguinte:

“A designação de dia alternativo para a realização das provas do ENEM por um determinado grupo de alunos que respeitam a milenar tradição do Shabat poderia ser, a priori, considerado uma medida de ‘acomodação’, apta a afastar sobrecargas indesejáveis sobre aquele grupo religioso, que, em nosso país, revela-se minoritário. Ocorre que, apesar das diversas dificuldades administrativas e práticas que decorreriam da medida, aptas, inclusive, a inviabilizar o ENEM (não em virtude de dificuldades financeiras ou meramente operacionais, mas em razão dos problemas advindos da aplicação de

³⁸⁷ Os adventistas do sétimo dia também observam o sábado como dia de descanso. O período dedicado às atividades religiosas, de repouso e em contato com o meio ambiente vai do pôr-do-sol de sexta-feira até o pôr-do-sol de sábado.

³⁸⁸ O *Shabat* judaico é observado a partir do pôr-do-sol de sexta-feira até o pôr-do-sol do sábado.

provas distintas a indivíduos que participam de uma mesma seleção), a designação de data alternativa parece, em mero juízo de delibação, não estar em sintonia com o princípio da isonomia, convolvendo-se em privilégio para um determinado grupo religioso.

Até mesmo porque, conforme registrado na decisão agravada, o Ministério da Educação oferta aos candidatos que, em virtude de opções religiosas não podem fazer as provas durante o dia de sábado, a possibilidade de fazer a prova após o pôr-do-sol (deve-se lembrar que o Shabat judaico inicia-se no pôr-do-sol de sexta-feira e termina no pôr-do-sol do sábado). Tal medida já vem sendo aplicada, há algum tempo, no tocante aos adventistas do sétimo dia, grupo religioso que também possui como 'dia de guarda' o sábado.

Pode-se argumentar que a medida adotada pelo MEC prejudicaria os candidatos praticantes da referida profissão religiosa, os quais teriam de ser confinados, para apenas ao fim do dia iniciar as suas provas.

Não sou insensível a esses argumentos, mas vejo que a medida adotada revela-se, em face dos problemas advindos da designação de dia alternativo, mais consentânea com o dever religioso (que não se confunde com a indiferença, consoante salientado anteriormente) e com a necessidade de se tratar todas as denominações religiosas de forma isonômica”³⁸⁹.

A decisão do Ministro Gilmar Mendes, Presidente do STF e Relator do Agravo, nesta oportunidade foi acompanhada pelos Ministros Cezar Peluso, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Dias Toffoli, que também entenderam que a fixação de data alternativa para os alunos judeus autores da ação criaria distinção entre brasileiros, o que é vedado pelo artigo 19, III, da Constituição³⁹⁰.

Neste sentido, o Ministro Ayres Britto anotou em referência ao voto do Ministro Gilmar Mendes:

“Aqui, estaríamos criando uma distinção, de natureza religiosa que, em princípio, seria admissível; mas também penso que Vossa Excelência bem demonstrou que no caso concreto seria praticamente instalar o caos no âmbito da Administração Pública, porque a mesma regra que adotamos aqui, a mesma decisão que adotarmos aqui há de prevalecer para todo o tipo de competição pública promovida pela Administração Pública. E que de ordinário são marcados para estes dois dias: sábado e domingo”³⁹¹.

³⁸⁹ Páginas 12 e 13 do inteiro teor do acórdão.

³⁹⁰ Art. 19, Constituição Federal: *É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

...

III - *criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si.*

³⁹¹ Página 18 do inteiro teor do acórdão.

Por outro lado, o Ministro Marco Aurélio, divergindo dos demais membros do Tribunal presentes à sessão em que se julgou o STA 389 – AgR / MG, deu provimento ao recurso do Centro de Educação Religiosa Judaica por considerar que não fora apresentada prestação alternativa viável aos alunos que guardam o sábado, contrariando o artigo 5º, VIII, da Constituição ³⁹². Ademais, o voto divergente considerou que o Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais (INEP) não encontrou solução compatível com a liberdade religiosa, sendo desproporcional a alternativa adotada, pois deixaria os alunos que observam o *Shabat*, ou que por qualquer outro fundamento religioso se abstêm de trabalhos aos sábados, sem qualquer comunicação durante sete horas em sala de aula e, na sequência, teriam que submeter-se ao exame, com duração prevista de quatro horas e meia.

Nas palavras do Ministro Marco Aurélio:

“O Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais – INEP foi provocado para encontrar - e com o Exame Nacional do Ensino Médio isso se repete – solução para o impasse decorrente de convicção religiosa e o fez com base não no campo da lei em sentido formal e material, porque exigiria a participação do Congresso, mas no administrativo, no que previsto quanto a prestação alternativa alusiva a certa obrigação. Atuou no campo da razoabilidade, da proporcionalidade? A meu ver, não. Não atuou. Manteve o ato e o exame poderia ocorrer em qualquer dia da semana: segunda, terça, quarta, quinta – excluída a sexta –, tendo em conta o islamismo. Assim o fez, mantendo a data designada e cogitando de confinamento, de recolhimento do candidato a contrapor-se, justamente, ao objetivo visado com a tomada de providências. Os alunos da colônia judaica, de memoráveis serviços prestados à pátria, teriam que se apresentar de qualquer forma para ficar retidos; sem comunicação, durante sete horas e, a seguir, prestar exame que se projeta por quatro horas e meia” ³⁹³.

O ENEM tem, cada vez mais, se tornado condição para ingresso no ensino superior, sendo adotado como vestibular para ingresso em universidades públicas e privadas. Logo, a fixação pelo Poder Público de data incompatível com credo religioso,

³⁹² Art. 5º, Constituição Federal: *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

...

VIII - *ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei;*

³⁹³ Páginas 23 e 24 do inteiro teor do acórdão.

deveria ser acompanhada de prestação alternativa, nos termos do artigo 5º, VIII, da Constituição. Ora, como bem observado pelo Ministro Marco Aurélio, a prestação alternativa, nos termos da norma constitucional, deve ser fixada por lei.

Assim, o legislador deve, o quanto antes ³⁹⁴, em lei formal, disciplinar alternativas às incompatibilidades religiosas com os dias e horários fixados para exames vestibulares ou provas de concurso público.

Porém, enquanto não editada a lei, a Administração deve compatibilizar o exercício da liberdade religiosa com o acesso ao ensino superior e aos cargos públicos, que consistem em direitos fundamentais individuais e não podem ser oferecidos aos brasileiros como opções. Isto é, não cabe à pessoa ter de optar entre exercer sua liberdade religiosa e concorrer à vaga em concurso ou universidade. Os direitos fundamentais são acumuláveis pelos indivíduos, que podem exercer simultaneamente mais de um direito, tendo em vista que, consoante entendimento da doutrina ³⁹⁵, uma característica intrínseca de tais direitos consiste na possibilidade de concorrência.

Logo, se a prova for marcada para o sábado, o que não é recomendável, tendo em vista que é neste dia em que as restrições religiosas são mais rigorosas, o que é facilmente notável pela quantidade de ações judiciais e discussões administrativas e legislativas, que cuidam especificamente do sábado, deve ser apresentada alternativa para que os participantes que guardam tal dia semana, ou aqueles que desejarem por qualquer outro motivo, possam realizar a prova em outro dia da semana.

No caso em exame, a alternativa apresentada pelo MEC, em nosso sentir, como bem ressaltado pelo Ministro Marco Aurélio, traz sérios prejuízos aos alunos judeus e adventistas, ao obriga-los a ficar confinados em sala de aula por sete horas, durante o período de descanso antes do início da prova, o que acaba não satisfazendo o propósito religioso, impedindo o comparecimento a atividades religiosas que possam ocorrer neste

³⁹⁴ Cabe notar que em alguns Estados, já foram editadas leis estaduais definindo períodos para a realização de concursos ou processos seletivos para provimento de cargos públicos e de exames vestibulares, como é o caso da Lei do Estado de São Paulo nº. 12.142/2005.

³⁹⁵ Cf. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 21ª. ed. São Paulo: Verbatim, 2017, p. 168 e 169

dia e dificultando o repouso, bem como ao ocasionar desvantagem pelas excessivas horas de confinamento que os demais concorrentes não serão obrigados à cumprir.

Como a vedação da realização da prova em outro dia traz prejuízo concreto e até inviabiliza o exercício de crença minoritária ou ao acesso ao cargo ou universidade pelo candidato crente, enquanto que a permissão pode violar hipoteticamente a igualdade formal, pois não se pode afirmar com certeza que a mudança da data lhe trará vantagem ou desvantagem, em ponderação de valores parece mais preponderante proteger a liberdade de crença.

Assim, a decisão do STF, neste caso não coaduna com a evolução a liberdade, especialmente a liberdade de crença, pois implica em exclusão de pessoas que seguem credos minoritários.

Porém, a decisão do presente caso, como se pode notar até mesmo dos votos de alguns Ministros ³⁹⁶, não é definitiva sobre o tema, posto que pendem de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal casos semelhantes, até em sede de controle de constitucionalidade, como a ADI 3.714 / SP ³⁹⁷ ³⁹⁸ e de repercussão geral, como no RE 611874 RG / DF ³⁹⁹, no qual a decisão se aplicará a uma série de outros casos.

³⁹⁶ O STA 389-AgR / MG foi julgado pelo STF em 03/12/2009, poucos dias antes da realização do ENEM marcado para o sábado, em 05/12/2009. Tendo em vista a necessidade de julgamento imediato, alguns Ministros deixaram aberto a possibilidade de mudar de entendimento com maior reflexão e em caso mais amplo.

Neste sentido, o Ministro Gilmar Mendes afirmou:

“Ressalto, por fim, que não se trata de posicionamento definitivo dessa Corte sobre o tema, até mesmo porque existem duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ainda pendentes de julgamento que versam sobre a matéria” (p. 13 do inteiro teor do acórdão).

O Ministro Ayres Britto também entendeu que necessitava refletir mais sobre o assunto, como se nota da seguinte passagem do julgamento:

“Se eu tivesse mais tempo, se a prova já não estivesse marcada, eu pediria vista do processo para maturar uma reflexão.

Mas tendo que decidir, assim, de pronto, eu acompanho o voto de Vossa Excelência”. (pp. 18 e 19 do inteiro teor do acórdão).

³⁹⁷ A ADI nº 3.714 / SP foi proposta justamente em face da Lei do Estado de São Paulo nº. 12.142/2005, citada na nota de rodapé nº. 394

³⁹⁸ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3714, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, acompanhamento disponível em: <
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2379246> >, acesso em 23.10.2018

³⁹⁹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 611874, Relator(a): MIN. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, acompanhamento disponível em: <
<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=3861938> >, acesso em 23.10.2018

Nos próximos casos, deve o Supremo Tribunal Federal ter mais atenção às religiões minoritárias, bem como permitir a participação de representantes de tais entidades religiosas em audiência pública ou na qualidade de *amicus curiae*.

CONCLUSÕES

A liberdade deve ser compreendida como algo ainda não conquistado, que depende da atuação do Estado e de todos, tornando-se necessário que as desigualdades e injustiças sociais sejam corrigidas a fim de permitir a existência de uma sociedade em que todos são, de fato, igualmente livres.

Não pode o Estado reprimir a liberdade de alguém sem que tenha por finalidade a garantia da liberdade a outro ou o bem-estar coletivo. A autoridade, ainda que revestida de legalidade, não pode ultrapassar seus limites, que são estabelecidos pelas relações sociais. A convivência social traça o indispensável para cada um atingir seus objetivos pessoais, sem transformar tais objetivos em privilégios ou vantagens, que não se explicam. Não pode a lei, ainda que representativa da vontade majoritária, limitar aquilo que não é necessário para o convívio social ou impor restrições que não prestam à redução das desigualdades sociais.

O direito geral à liberdade passa por constante transformação, visando atender cada vez mais o anseio da humanidade, que é a busca da felicidade coletiva. Para isso, ao menos quatro liberdades individuais têm de ser resguardadas, permitindo que a pessoa possa se expressar, ter sua religiosidade, viver sem necessidade e viver sem medo.

Quanto à religião, concluímos que o fenômeno permanece atual e poderoso, porém passou por significativas mutações em comparação à crença e os modos de religiosidade do passado.

Com o reconhecimento da liberdade religiosa, em uma mesma comunidade convivem hoje as mais diversas crenças religiosas, desde as mais tradicionais e institucionalizadas às mais novas e pouco organizadas ou, ainda, a religião individual.

Ao mesmo tempo, a forma de religiosidade das pessoas, ainda que crentes na mesma doutrina religiosa, pode ser totalmente diferente. De um lado, a religiosidade pode se manifestar de modo fundamentalista, com a exigência de obedecer à mandamentos incontestáveis e por meio de leituras sem mediação hermenêutica dos

textos religiosos impositivos. De outro lado, boa parte dos religiosos, ainda que adeptos de religiões tradicionais, admitem conciliar suas crenças com a evolução social e o progresso da humanidade, sem se prender à literalidade dos textos religiosos.

Os diversos credos religiosos, mais ou menos institucionalizados, novos ou antigos, populares ou individuais, com suas distintas formas de apego aos mandamentos religiosos, têm o direito de participar do processo evolutivo das liberdades. O Estado, no entanto, mediante qualquer de suas instituições, não pode justificar suas imposições em fundamentos de uma ou algumas doutrinas religiosas.

A liberdade religiosa dá suporte à existência das variadas formas de religião e dos diversos tipos de religiosidade. No entanto, tal direito, assim como qualquer direito fundamental, é limitado.

A liberdade religiosa, enquanto direito fundamental, consiste basicamente em princípio estrutural do Estado, a separação do Estado da Igreja, e três direitos fundamentais, a liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa.

No Brasil republicano, o Estado, ao se distanciar da Igreja, adotou a laicidade, não o laicismo, nem tampouco o da hostilidade à religião. A Constituição de 1988, em seu artigo 19, I, define a separação do Estado da Igreja, porém admite a colaboração de interesse público com as organizações religiosas, e em outros tantos dispositivos reconhece-se o papel da religião, como fonte de educação (estabelece o ensino religioso de matrícula facultativa), como forma de assistência aos que estão em situação de restrição de liberdade de locomoção e como meio de se constituir família, pois o casamento religioso tem efeito civil. Assim, o princípio da laicidade tem alguns temperamentos, admitindo situações em que há colaboração entre Estado e Igreja, visando o bem-estar social.

A liberdade de crença se insere dentro do âmbito da proteção à liberdade de pensamento, consistindo na faculdade de escolha ou de adesão a qualquer religião, incluindo desde as tradicionais até as mais novas e dentre aquelas que contam com mais seguidores à que exprime o sentir individual, bem como abandonar ou mudar de religião

a qualquer tempo. Por outro lado, a liberdade de crença não se resume ao foro íntimo, interno, do indivíduo, dentro de seus próprios convencimentos guardados para si. A liberdade de crença se exterioriza, tanto quando o crente dá publicidade a sua crença, quanto quando ele age de acordo com as suas crenças. Além disso, a liberdade de crença inclui o proselitismo religioso, sendo direito de quem crê tentar convencer aos outros da sua fé, divulgando sua religião e angariando novos adeptos, que podem fortalecer e aprimorar a crença. Por outro lado, a liberdade de crença quando exteriorizada não é garantia absoluta, isenta de qualquer tipo de restrição, podendo sofrer restrições, quando concorre com outros direitos de mesma ordem, também fundamentais, previstos na Constituição.

O segundo direito derivado da liberdade religiosa é a liberdade de culto, que se expressa em atos, ritos, celebrações, cerimônias, orações, realizadas coletivamente, em nome de uma divindade. O culto, geralmente, é o momento em que o religioso adora e homenageia o objeto de sua crença, agradecendo por suas conquistas, se desculpando por seus erros e solicitando proteção e graça. Para garantia da liberdade de culto cumpre ao Estado, principalmente, o dever de abster-se de perturbar o culto, bem como reprimir e sancionar interferência indevidas de terceiros nos atos, celebrações e ritos religiosos. A liberdade de culto, como qualquer direito fundamental, não é absoluta, podendo colidir com outro direito de mesmo patamar, hipótese em que pode ser restringida. No entanto, a restrição à liberdade de culto, ainda que implicitamente, não pode servir como forma de discriminação de culto menos popular ou menos tradicional, só podendo se concretizar diante de conflito com outras garantias fundamentais.

Como forma de proteção à liberdade de culto e crença, é garantida a liberdade de associação religiosa, possibilitando a formação e organização das religiões, que permitem a adesão de crentes e celebração de cultos. O Estado não pode interferir na economia interna das organizações religiosas, nem tampouco impor regras para escolha dos ministros aptos a celebrar cultos ou tomar partido em cisma ou reforma de crença, devendo permanecer isento quanto ao tema da religião. A liberdade de organização religiosa, no entanto, também é limitada, sendo admitida a exigência de requisitos para a sua constituição, bem como a imposição de que a organização não se distancie da função religiosa, obrigação social que assumiu, propiciando culto e crença a sua comunidade de fiéis. O dever religioso é o mais rigoroso limite à atividade da

organização. Quando a entidade se afasta do valor religioso para se dedicar ao lucro ou enriquecimento de seus administradores, a instituição não só deve perder o reconhecimento jurídico como organização religiosa e seus benefícios, tal qual a imunidade de impostos, como também, seus administradores devem ser punidos civil e criminalmente, quando restar comprovado o intuito de explorar a fé alheia.

Os dogmas morais das organizações religiosas e os deveres impostos aos que seguem determinada religião também são limitados, não podendo sujeitar aos não aderentes. Aqueles que, por opção própria, não fazem parte da comunidade religiosa não podem ser compelidos a seguir os deveres religiosos e participar dos seus atos e celebrações. Quem não é membro da organização religiosas não está obrigado a respeitar os princípios e seguir os livros sagrados de determinada religião, nem sofrer qualquer sanção quando descumprir mandamento religioso. Caso contrário, estaria fatalmente atingida a própria liberdade religiosa, que abriga o direito de não aderir a credo religioso ou mudar a qualquer tempo.

O Supremo Tribunal Federal, ao ser provocado a decidir sobre temas que envolvem discussões morais e religiosas deve conjugar dois princípios aplicáveis na maior medida do possível, a liberdade religiosa (crença, culto e organização religiosa) e a laicidade.

A interpretação, no entanto, especialmente nos casos em que haverá efeitos *erga omnes*, deve contar com a participação das entidades religiosas, que terão a oportunidade de sustentar seus conceitos e as razões que caminham no mesmo sentido de suas crenças. Assim, concluímos por imprescindível a realização de audiências públicas, amplas e abertas a participação de qualquer entidade religiosa interessada, como ocorreu na ADI 4.439, que apreciou o tema do ensino religioso nas escolas públicas, bem como o ingresso de tais organizações na qualidade de *amici curiae*, com a oportunidade de defender os valores e interesses de sua comunidade religiosa.

O Tribunal, apreciando temas relacionados à liberdade religiosa, não deve restringir demasiadamente certas crenças apenas pelo fato de serem minoritárias ou por seguirem costumes não usuais. Assim, deve se atentar a diversidade religiosa do Brasil, garantindo a liberdade de crença, culto e organização religiosa a todos. Além disso,

como instituição laica, o Tribunal não pode ter preferências em matéria religiosa, tratando todas as religiões com igualdade, independentemente da quantidade de fiéis ou da intensidade da crença.

Todavia, os valores religiosos, ainda que dispostos como mandamentos fundamentalistas para os seus crentes, não podem deixar o campo privado das Igrejas para ditarem as leis e as regras a serem seguidas pelo Estado laico e seus súditos, que não seguem, necessariamente, o mesmo credo. Cabe, também, ao Supremo Tribunal Federal, como intérprete oficial dos conflitos constitucionais, a tarefa de resguardar o exercício da liberdade religiosas, com seus limites, bem como manter a laicidade do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR, Rafael Salomão Safi Romano. *A personalidade jurídica da Igreja Católica no Brasil: do padroado ao acordo Brasil: Santa Sé.* São Paulo: LTr, 2015

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMADO, Jorge. *Capitães de Areia.* 122ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2007

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem.* 2ª ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2013

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional.* 21ª. ed. São Paulo: Verbatim, 2017

ARENDT, Hanna. *A Condição Humana.* Tradução de Roberto Raposo; 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco* – tradução Edson Bini. 3ª edição – 1ª reimpressão. Bauru-SP: Editora Edipro, 2013

BALERA, Wagner; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *Comentários ao pacto internacional sobre direitos civis e políticos.* São Paulo: Clássica editora, 2017

BARCELLOS, Ana Paula de. *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional.*In: BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunha de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas essenciais*. Rio de Janeiro, 2010

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8ª edição atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

_____. *Vinte anos da Constituição de 1988: a reconstrução democrática do Brasil*. In: *20 anos da constituição cidadã*. Colaboradores: José Afonso da Silva, Luís Roberto Barroso, Dalmo de Abreu Dallari, Fábio Medina Osório, Renato Sérgio de Lima, Tércio Sampaio Ferraz, Frederico Araújo Turolla, José Alfredo Baracho Junior, Samantha Ribeiro Meyer-Pflug e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22ª edição. rev. e atual, por Samantha Meyer-Pflug. São Paulo: Malheiros Editores, 2010

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. 8º v., arts. 193 a 232. São Paulo: Saraiva, 1998

BATISTA NETO, Dilson Cavalcanti. *Fundamentos filosóficos do direito a liberdade de expressão religiosa na esfera política: uma análise a partir de John Rawls*. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução: Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rev. téc. Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Zahar, 1998

BERGER, Peter Ludwig. *A Desseccularização do mundo: uma visão global*.

Tradução: Henry Decoster. Revisão e notas: Cecília Mariz e Emerson Giumbeli. *Religião e Sociedade*. Rio de Janeiro, 21(1), 2000

_____. *O dossel sagrado: elementos para uma teoria sociológica da religião*. Organização: Luiz Roberto Benedetti. Tradução de José Carlos Barcellos. São Paulo: Paulus, 1985

BETTO, Frei (Carlos Alberto Libânio Christo). *Quanto custa ser feliz?* In: BETTO, Frei; BOFF, Leonardo; CORTELLA, Mario Sergio. *Felicidade foi-se embora?* Petrópolis: Vozes Noblis, 2016

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

_____. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2002

BOHN, Simone. *Proteção às minorias religiosas no Brasil*. In: JUBILUT, Liliana Lyra; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito à diferença: aspectos de proteção específica às minorias e aos grupos vulneráveis*. Vol 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ª edição. Malheiros Editores: São Paulo, 2014

_____. *Teoria geral do Estado*. 10ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2015

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 4ª ed. Brasília: OAB Editora, 2002.

BUENO, Francisco da Silveira. *Grande dicionário etimológico-prosódico da língua portuguesa: vocábulos, expressões da língua geral e científica-sinônimos: contribuições do tupi-guarani*. São Paulo: Saraiva, 1967

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra- Portugal: Almedina, 2003

CANOTILHO, J. J. Gomes. MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 2ª ed. Coimbra- Portugal: Coimbra Editora, 1984.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015

CASANOVA, José. *Public religions in the modern world*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Constituição Federal comentada*. 2ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951.

CHEHOUD, Heloísa Sanches Querino. *Liberdade religiosa e laicidade: evolução histórica e análise constitucional*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2005

COMTE, Auguste. *Curso de filosofia positivista: discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo*. tradução José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Nova Cultural, 1996

CONSTANT, Benjamin. *A liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. tradução Emerson Garcia. São Paulo: Atlas, 2015

_____. *Curso de política constitucional*. Tomo Primero. Traducido libremente al español por D. Marcial Antonio Lopez. Madrid: Imprenta de la compañía, 1820

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CRETELLA JÚNIOR, *Comentários à Constituição Brasileira de 1988 (volume 1)*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997

CUNHA, Luiz Antônio. *A Educação Brasileira na Primeira Onda Laica: do Império à República*. Rio de Janeiro: Edição do Autor, 2017

DA SILVA, Virgílio Afonso. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014

_____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

DA CRUZ, Eduardo R. *Religião e ciência*. São Paulo: Paulinas, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005

DESCARTES, René. *Princípios da Filosofia*. Tradução: João Gama. Lisboa-Portugal: Edições 70, 1997

DETTMER, Silvia Araújo. *O direito fundamental à liberdade religiosa e os símbolos religiosos*. Tese de Doutorado. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015

DUGUIT, Léon. *Fundamentos do Direito*. tradução Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1996

DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália*. Tradução: Paulo Neves. São Paulo: Martins Fontes, 1996, 4ª tiragem: 2009

DWORKIN, Ronald. *Taking rights Seriously*. Cambridge- Massachusetts: Harvard University Press, 2002.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. O ensino religioso nas escolas públicas: exegese do §1º do art. 210 da CF de 05.10.1988. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 5, n. 20, julho-setembro, 1997

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira: Emenda Constitucional nº. 1, de 17 de outubro de 1969 (volume 1 – arts. 1º ao 45)*. São Paulo: Saraiva, 1977

_____. *Curso de direito constitucional*. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1989

_____. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002

_____. *Princípios gerais do direito constitucional moderno – Tomo II*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1962

FISCHMANN, Roseli. A proposta de concordata com a Santa Sé e o debate na Câmara Federal. In: *Educação e Sociedade*. Campinas, vol. 30, n. 107, p. 563-583., maio/ago.2009

FRAZER, James George. *O ramo de ouro*. Edição do Texto de Mary Douglas. Resumido e ilustrado por Sabine MacCormack. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. *A cidade antiga*. – tradução de Frederico

Ozanam Pessoa de Barros. Versão para eBook: eBooksBrasil, 2006. Digitalização do livro em papel: Editora das Américas S.A. - EDAMERIS, São Paulo, 1961

GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. 1ª ed. Rio de Janeiro: LTC, 2014

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 3ª ed. São Paulo: RCS Editora, 2007

GUERRIERO, Silas. *Novos movimentos religiosos: o quadro brasileiro*. São Paulo: Paulinas, 2006

GUERRIERO, Silas. *Antropologia da religião*. In: PASSOS, João Décio; USARSKI, Frank. (organizadores). *Compêndio de ciência da religião*. São Paulo: Paulinas: Paulus, 2013

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002

HABERMAS, Jürgen. *Fundamentos pré-políticos do Estado de direito democrático*. In: SCHULLER, Florian (organizador). Tradutor: Alfred J. Keller. *Dialética da secularização: sobre razão e religião / Jürgen Habermas, Joseph Ratzinger*. Aparecida-SP: Ideias & Letras, 2007

HERKENHOFF, João Baptista. *Direitos humanos: uma ideia, muitas vozes*. Aparecida, SP: Editora Santuário, 1998

HERVIEU-LÉGER, Danièle. *O peregrino e o convertido: a religião em movimento*. Tradução: João Batista Kreuch. 2º. Ed. Petrópolis: Vozes, 2015

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução (da 20ª edição alemã): Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio

Antonio Fabris Editor, 1998

_____. *Temas fundamentais do direito constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes* – tradução Edson Bini. Bauru-SP: Editora Edipro, 2003

KEPEL, Gilles. *A revanche de Deus: cristãos, judeus e muçulmanos na reconquista do mundo*. Tradução: J. E. Smith Caldas. São Paulo: Siciliano, 1991

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 4ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1988

LUCKMANN, Thomas. *A religião invisível*. Tradução: Claudia Dornbusch. São Paulo: Olho d'Água: Loyola, 2014

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direitos*. São Paulo: Brasiliense, 1982

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Universidade de Coimbra – Coimbra Editora, 1996

_____. *Freedom of religion: a view from Europe*. Roger Williams University Law Review, vol. 10:451, nº 2, 2005.

MACHIAVELLI, Niccolò. *Il Principe*. Torino: Einaudi, 1972

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 25 ed. atual. pelo Prof Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva, 1999

MARIZ, Cecília Loreto. *Instituições tradicionais e movimentos emergentes*. In:

PASSOS, João Décio; USARSKI, Frank. (organizadores). *Compêndio de ciência da religião*. São Paulo: Paulinas: Paulus, 2013

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014

MARX, Karl. *Crítica da Filosofia do Direito de Hegel*. Transcrito por Eduardo Velhinho, 1843-1844

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira 1946*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A, 1954.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. *Direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 5ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2014

MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat). *Do Espírito das Leis* – tradução Edson Bini. Bauru-SP: Editora Edipro, 2004

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2013

MOREIRA, Vital. Comentário ao artigo 10º: Liberdade de pensamento, de consciência e de religião. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (Coords.). *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia comentada*. Coimbra-Portugal: Almedina, 2013

NABUCO, Joaquim. *Um estadista do Império: Nabuco de Araujo: sua vida, suas opiniões, sua época*. Rio de Janeiro: H. Garnier livreiro-editor, 1899

NERY JUNIOR Nelson. Direito de liberdade e a recusa de tratamento por motivo religioso. In: *Revista de direito privado (RT)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 11, n. 41, jan-mar/2010

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009

OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino de. *A proteção constitucional e internacional do direito à liberdade de religião*. São Paulo: Verbatim, 2010.

PAPA FRANCISCO. *Carta encíclica Lumen Fidei*. Publicada em Roma no dia 29 de junho de 2013

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 1ª edição. 2ª tiragem. Saraiva: 2007

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. I, de 1969*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970/1971

_____. *Democracia, liberdade, igualdade*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002

PRADO JUNIOR, Caio. *Evolução política do Brasil: e outros estudos*. São Paulo:

Companhia das Letras, 2012

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015

RATZINGER, Joseph. *O que mantém o mundo unido: fundamentos morais pré-políticos de um Estado Liberal*. In: *Dialética da secularização: sobre razão e religião / Jürgen Habermas, Joseph Ratzinger* Aparecida-SP: Ideias &Letras, 2007

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000

_____. *O liberalismo político*. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo; Revisão de tradução: Álvaro Vita. 2º edição. São Paulo: Editora Ática, 2000

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014

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

ROSA, João Guimarães. *Grande sertão: veredas*. 21ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015.

SAMPAIO DÓRIA, Antônio de. *Direito constitucional*. Volume 1º. Primeiro Tomo. 5ª edição. São Paulo: Max Limonad, 1962

SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas acerca da liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988*. Revista Direito UFMS. Campo Grande- MS, edição especial, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2012

SARMENTO, Daniel. *A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”*. 2006

_____. O crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. In: *Revista Eletrônica PRPE (Procuradoria da República em Pernambuco)*. Maio de 2007

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 23^a ed. São Paulo: Cortez editora, 2014

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 4^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 36^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013

_____. *Teoria do conhecimento constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores, 2014

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003

TAVARES, André Ramos. *O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização*. 2009

TOMÁS DE AQUINO. *Suma teológica*. São Paulo-SP: Edições Loyola, 2003

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006

WEINGARTNER NETO, Jayme. Comentário ao artigo 19, I. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013

_____. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007

XIMENES, Salomão Barros. *O ensino religioso nas escolas públicas brasileiras: do direito à liberdade de crença e culto ao direito à prestação estatal positiva*. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (coord.); RIGHETTI, Sabine (org.). *Direito à Educação: aspectos constitucionais*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009

ZEPEDA, José de Jesús Legorreta. *Secularização ou ressacralização? O debate sociológico contemporâneo sobre a teoria da secularização*. Tradução de Paula Carpenter. Revista RBCS. Vol. 25, nº 73, 2010.

ZYLBERSZTAJN, Joana. *A laicidade do Estado Brasileiro*. Brasília: Verbena Editora, 2016