THIAGO MASSAO CORTIZO TERAOKA

A Liberdade Religiosa no Direito Constitucional Brasileiro

Tese de doutorado, a ser defendida perante o Departamento de Direito do Estado (DES) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), sob a orientação da Profa. Dra. Fernanda Dias Menezes de Almeida.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo – 2010

THIAGO MASSAO CORTIZO TERAOKA

A Liberdade Religiosa no Direito Constitucional Brasileiro

Tese de doutorado, a ser defendida perante o Departamento de Direito do Estado (DES) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FDUSP), sob a orientação da Profa. Dra. Fernanda Dias Menezes de Almeida.

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo – 2010

FOLHA DE APROVAÇÃO (para uso da banca)

À minha esposa Carolina, com amor e admiração.

AGRADECIMENTOS

Na defesa desta Tese de Doutorado, serão treze anos de estudos jurídicos.

Em 1997, ingressei como estudante de graduação, nesta Faculdade de Direito da USP. Assim, agradeço meus amigos que, desde então, muito me ajudam. Entre muitos outros, cito nominalmente: Ronaldo Apelbaum, Matheus Bueno, Leonardo Toledo, Roberto Oliveira, Luis Yukio Vatari, Pablo Alves, Priscilla Hanada e Fabiana Tsuchiya.

Na graduação, dois professores foram meus orientadores em bolsas de iniciação científica, patrocinadas pela FAPESP e pelo CNPq. Agradeço-os pela paciência e pela oportunidade: Eunice Aparecida Jesus Prudente e Paulo de Barros Carvalho.

Em 2003, ingressei no mestrado e, em 2007, no doutorado da mesma Faculdade de Direito. Agradeço a oportunidade dada pela minha orientadora Fernanda Dias Menezes de Almeida. É uma orientadora exigente e dedicada aos seus orientandos. Chegou ao ponto de pesquisar no original para corrigir minhas traduções em língua estrangeira; e em outra oportunidade, transcreveu uma citação para eu acrescentar no trabalho. É reconhecida, por todos, como uma pessoa muito amável e agradável.

Durante a pós-graduação, tive o prazer de trabalhar com o professor Elival da Silva Ramos, na implantação da monitoria de Direito Constitucional da Faculdade. Agradeço, assim, a orientação e a oportunidade.

Na pós, muitos amigos me ajudaram. Agradeço em especial: José Duarte Neto, José Francisco Cunha Ferraz, Priscila Pivatto e Marco A. Correia Monteiro.

Além dos amigos ligados diretamente à Faculdade, agradeço aos colegas do tempo da advocacia privada: Anna T. Monteiro de Barros, Maria Teresa Leis Di Ciero, Cristiane Matsumoto e Carlos Crespi. Agradeço aos colegas da AGU: Fabrício Oliveira, Ivo Timbó e Suzana Carvalho. Agradeço aos colegas de estudo do direito: Zélia Piedorná, Carlos Moimaz, Michel Havrenne e Luiz Alexandre de Ferreira Ramos.

Por fim, agradeço aos que sempre estão presentes: meu pai Gastão, minha mãe Célia, meu irmão André e minha avó Carmela.

Agradeço à Carolina, minha esposa e ajudadora.

Sumário

I. INTRODUÇÃO	13
II. ASPECTOS HISTÓRICOS	16
1. Da intolerância à liberdade religiosa	16
2. O panorama atual	25
III. A TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSEQÜÊNCIAS NO ESTUDO DA LIBERDADE RELIGIOSA	27
1. A teoria geral dos direitos fundamentais adotada	27
1.1. Considerações iniciais	27
1.2. Os pressupostos da teoria adotada no trabalho	28
1.3. A distinção entre princípios e regras – a ambigüidade do termo “princípio”	28
1.4. Princípios e regras para Robert Alexy	29
1.5. O caráter “prima facie” dos princípios e das regras	31
1.6. A teoria de Alexy – “teoria externa” e “suporte fático amplo”	32
1.7. A restrição aos direitos fundamentais	34
2. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais	36
2.1. Considerações iniciais	36
2.2. Eficácia direta e eficácia indireta dos direitos fundamentais	37
2.3. O modelo adotado	39
IV. A LIBERDADE RELIGIOSA – ASPECTOS GERAIS	41
1. Considerações iniciais – aplicação da teoria geral adotada	41
2. A liberdade religiosa – conceitos fundamentais	44
2.1. A religião e seu conceito	44
2.2. A sinceridade religiosa	46
2.3. Liberdade religiosa – análise panorâmica	47
2.4. Direitos decorrentes e direitos reconhecidos por tratados internacionais	51

2.5. O conceito da liberdade religiosa	52
2.6. A finalidade da liberdade religiosa	53
2.7. Da titularidade da liberdade religiosa	54
3. Restrições à liberdade religiosa	55
4. Aspectos da liberdade religiosa	58
4.1. Algumas classificações doutrinárias	58
4.2. A nossa visão sobre o tema	59
V. LIBERDADE RELIGIOSA E SUAS RELAÇÕES COM ALGUNS OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E COM O DIREITO PRIVADO E PENAL	62
1. A liberdade, liberdade de consciência e a livre expressão do pensamento	62
1.1. Considerações gerais	62
1.2. O caso Ellwanger	66
1.3. Acórdão do Tribunal Constitucional da Espanha contrário ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal no caso Ellwanger	70
1.4. Nossas conclusões a respeito do tema	71
2. O pluralismo	74
3. Dignidade da pessoa humana	76
4. A liberdade religiosa e consequências na interpretação da legislação	78
4.1. Considerações gerais	78
4.2. O direito penal e a liberdade religiosa – hipótese de atipicidade	80
4.3. A proteção penal à liberdade religiosa no Direito brasileiro	82
4.4. A liberdade religiosa e o direito privado	88
4.4.1. O abuso de direito	88
4.4.2. O abuso de direito e o divórcio religioso	91
4.4.3. Conclusões	92
VI. APONTAMENTOS DE DIREITO ESTRANGEIRO	93
1. Aspectos gerais	93
2. Argentina	95

3. Estados Unidos	97
4. França	100
5. Espanha	101
6. Portugal	103
7. Itália	105
8. Alemanha	106
9. México	108
VII. ANÁLISE DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS – BREVE COMPARAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988	110
1. A Constituição Política do Império do Brasil de 1824	110
2. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891	113
3. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934	115
4. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937	117
5. A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946	118
6. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967/69	120
7. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	122
VIII. APONTAMENTOS DE DIREITO INTERNACIONAL VIGENTE	124
1. Direito Internacional	124
2. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)	128
3. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)	129
4. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966)	130
5. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)	131
6. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)	132
7. Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou em convicções (1981)	133
8. Menções ao tema em outros documentos internacionais	136
IX. A LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL	139
1. Considerações preliminares	139

1.1. Direito de abstenção	140
1.2 Direito a prestações positivas	140
1.3. Nossa posição	141
2. Aspectos relacionados aos indivíduos	143
2.1. Os direitos protegidos	143
2.1.1. Aspectos gerais	143
2.1.2. A isonomia religiosa	143
2.1.2.1. Considerações gerais	143
2.1.2.2. A possibilidade de tratamento diferenciado	144
2.1.2.3. Critérios para o estabelecimento do tratamento diferenciado sem previsão legal	147
2.1.2.4. A objeção de consciência por motivos religiosos	148
2.1.2.5. Objeções de consciência regulamentadas no direito brasileiro	151
2.1.2.6. A inadmissibilidade de dispensa de segundo grau	152
2.1.2.7. Os sabatistas e as atividades realizadas nos sábados ou dias santos não reconhecidos por lei	152
O problema	152
Uma diferenciação importante	152
Concursos, provas e vestibulares	153
Os dias santos (inclusive o sábado) não reconhecidos por lei e o direito do trabalho	156
2.1.2.8. O direito a tratamento público de saúde diferenciado	159
2.2. A liberdade de crença	160
2.2.1. Considerações preliminares	160
2.2.2. A questão de submeter-se a tratamento de saúde contrário à sua crença	160
2.3. A privacidade em matéria religiosa	166
2.3.1. Considerações gerais	166
2.3.2. Os juramentos religiosos ou não	167
3. Aspectos relacionados às organizações religiosas	169

3.1. Considerações gerais	169
3.2. A liberdade de organização religiosa	169
3.2.1. A liberdade de organização religiosa – análise de precedente do Supremo Tribunal Federal	174
3.3. A liberdade de culto	175
3.3.1. Considerações preliminares	175
3.3.2. A interpretação da segunda parte do artigo 5º, VI, da Constituição	176
3.3.3. Os cultos externos aos templos	177
3.3.4. Os cultos internos aos templos	178
3.3.5. Sacrifícios de animais e a legislação ambiental	179
3.3.6. Curas espirituais – estelionato, curandeirismo e charlatanismo	182
3.4. O proselitismo religioso	185
3.4.1. O conceito	185
3.4.2. Entendendo o problema	186
3.4.3. A solução	190
3.4.4. O caso do livro Orixá, Caboclos e Guias	190
3.4.5. O caso do “chute na Santa”	192
3.4.6. Análise do precedente <i>Cantwell vs. Connecticut</i>	193
3.4.7. O caso da pregação contrária ao homossexualismo	193
3.4.8. O direito do trabalho e o proselitismo nas empresas	195
3.4.9. As rádios comunitárias e a vedação do proselitismo	196
3.5. Organização religiosa – aspectos trabalhistas	198
3.5.1. A organização religiosa e seus colaboradores	198
3.5.2. O estatuto jurídico dos ministros religiosos	199
3.5.3. O desconto obrigatório dos dízimos, ofertas, etc.	201
3.6. Organização religiosa – aspectos cíveis	203
3.6.1. A questão da repetição de dízimo e ofertas - indenização por não ter alcançado promessas espirituais	203

3.6.2. A questão do direito urbanístico e do direito de vizinhança	205
3.7. Aspectos tributários	208
3.7.1. A natureza jurídica da imunidade tributária	208
3.7.2. A imunidade dos templos de qualquer culto	209
3.7.3. A possibilidade de regulamentação por Lei Complementar	214
3.7.4. Análise do “acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao estatuto jurídico da Igreja Católica no Brasil”	216
3.7.5. A imunidade tributária como “cláusula pétrea”	217
4. Aspectos ligados ao Estado	219
4.1. Aspectos gerais	219
4.2. Modelos de relacionamento entre Igreja e Estado	219
4.3. Modelos de interpretação da cláusula da separação	222
4.4. A neutralidade brasileira	223
4.5. A defesa extremada do laicismo	226
4.6. O preâmbulo da Constituição e o caso da moeda de Real	228
4.7. O ensino religioso nas escolas públicas	230
4.8. O uso de símbolos religiosos pelo Estado	235
4.9. A construção de novos monumentos religiosos	240
4.10. O uso de símbolos religiosos por particulares em espaços públicos privativos do Estado	240
4.11. A “colaboração de interesse público”	243
4.12. Os feriados religiosos	244
4.13. A utilização de documentos “espirituais”	246
4.14. A assistência religiosa em locais de internação coletiva	248
4.15. O casamento religioso	255
X. CONCLUSÕES	258
XI. RESUMOS	262
XII. BIBLIOGRAFIA PESQUISADA	265

1. Livros:	265
2. Artigos:	273
3. Notícias de jornais e revistas:	281

I. INTRODUÇÃO

“Dai, pois, a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus”

A primeira vista, pode parecer equivocado iniciar uma tese de doutorado sobre *liberdade religiosa* citando uma frase de Jesus Cristo. Em uma Faculdade de Direito, espera-se que a análise do tema deva estar privada de caráter ideológico, especialmente porque a liberdade religiosa tem por finalidade também a convivência plural e pacífica de todas as denominações religiosas.

Dessa forma, ao citar uma frase do líder máximo dos cristãos, o pesquisador poderá deixar transparecer uma evidente e criticável manifestação de ideologia religiosa.

Porém, disso não se trata. Desde logo, esclarecemos que o estudo será laico e absolutamente isento de discussões religiosas. Neste trabalho, interessam-nos tão-somente os aspectos jurídicos.

Ocorre que o mandamento de Jesus Cristo (“dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”) consubstancia o princípio e toda a dificuldade do tema *liberdade religiosa*.

A liberdade religiosa tem como princípio a separação do Estado (coisas de César) da religião (coisas de Deus). É o respeito e o princípio da não-intromissão do Estado (e de suas normas jurídicas), na religião e vice e versa.

Também toda a dificuldade do tema da liberdade religiosa advém da aplicabilidade prática do mesmo mandamento. E evidente que, para cumpri-lo, é necessário saber o que são “coisas de César” e o que são “coisas de Deus”.

Tanto o Estado como a religião possuem regras próprias de conduta e, nesse sentido amplo, produzem normas. Conciliá-las é, muitas vezes, possível, considerando especialmente que o substrato ético para a produção das normas jurídicas é o mesmo da maioria das religiões. É evidente, por exemplo, a identidade do objeto jurídico tutelado pelo artigo 121 do Código Penal (que tipifica o homicídio) e pelo mandamento religioso judaico-cristão “não matarás”.

Porém, nem sempre a convivência entre esses sistemas normativos é fácil. Em questões mais delicadas, haverá dúvidas sobre a juridicidade de determinados

mandamentos religiosos, como a realização de curas milagrosas e o exorcismo e a vedação ao charlatanismo, curandeirismo e estelionato; a circuncisão masculina e também feminina (ablação de clitóris) e a integridade corporal; o mandamento de fazer prosélitos e a vedação do preconceito e a proteção da honra.

Certamente, em nosso ângulo, o âmbito do Direito deve prevalecer.

No entanto, *a priori*, não se pode afirmar que todas as regras jurídicas editadas, e em todas as ocasiões, prevalecem sobre as determinações religiosas. Há Constituição que consagra a liberdade religiosa, o que significa um espaço de liberdade de auto-regulamentação religiosa, no qual o indivíduo e as organizações religiosas podem legitimamente se opor a autoridades constituídas. As regras jurídicas, então, podem ser inconstitucionais ou, ainda, serem passíveis de interpretações inconstitucionais, frente ao parâmetro de controle previsto na Constituição.

Dessa forma, para solucionar as questões relacionadas à liberdade religiosa será necessário observar o espaço e a liberdade conferidos às religiões no ordenamento jurídico brasileiro.

Como é de praxe nos trabalhos jurídicos, começaremos com uma breve retrospectiva, para fixar conceitos referentes à afirmação histórica nos países e constituições ocidentais.

Passaremos, então, a tecer comentários sobre a teoria geral dos direitos fundamentais adotada no trabalho. A partir dessa premissa, comentaremos preliminarmente o direito fundamental à liberdade religiosa, a eventual vinculação dos particulares, e suas restrições possíveis.

Em um terceiro momento, apontaremos algumas questões que entendemos relevantes no direito estrangeiro.

Após esse panorama geral, analisaremos as Constituições brasileiras anteriores. Esse estudo terá a finalidade histórica e comparativa, considerando com parâmetro o texto da Constituição Federal de 1988.

Considerando a vigência e o *status* dos tratados internacionais, faremos apontamentos do direito internacional.

Após, estudaremos a liberdade religiosa no Brasil; estabelecendo suas relações com o ordenamento jurídico e seus aspectos relacionados aos indivíduos, às

organizações religiosas e ao Estado.

É distinguir “o que é de Deus” de “o que é de César”, sob o ângulo jurídico-constitucional.

II. ASPECTOS HISTÓRICOS

1. Da intolerância à liberdade religiosa

Não se pode negar a importância da religião, no contexto social. Por vezes, é impulsionadora de revoluções sociais e filosóficas. Outras vezes, proporcionou ao Estado o instrumental ideológico necessário para a manutenção da paz social. A mesma religião pode ser lida de uma maneira revolucionária ou conservadora¹.

No âmbito individual, a religião é parte constitutiva da identidade da pessoa que nela acredita. Ajuda a definir como a pessoa se relaciona com as outras, com o mundo, com a comunidade e consigo mesmo. A religião orienta a pessoa moral, social e até politicamente. A identidade religiosa é fundamental; ela ajuda a pessoa a se orientar na realidade imanente e transcendente².

Diante da importância da religião e de sua força social, em seu início, a luta pelos direitos humanos se confundiu com a luta pela liberdade religiosa. Há autores que vêem na luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais³.

Não é por acaso que os diversos textos constitucionais escritos, desde a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, têm a pretensão de assegurar a liberdade religiosa aos cidadãos. No mesmo sentido, as declarações de direitos, como a francesa Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Em um primeiro momento, a liberdade de professar uma religião, concebida pelos iluministas, não era ampla como atualmente se entende a liberdade religiosa. Ao contrário, restringia-se apenas à tolerância entre os diversos grupos

¹ Na visão dos seguidores da *Teologia da Libertação*, o catolicismo fundamentaria as lutas de classes; seus opositores, no mesmo momento histórico, viam as doutrinas católicas como fundamentadoras de ideologias mais conservadoras.

² Theresa M. Beiner; John M. A. DiPippa. *Hostile environments and the religious employee*. University of Arkansas at Little Rock Law Journal. N. 19. Summer, 1997, p. 637

³ Cf. Milton Ribeiro. *Liberdade religiosa: uma proposta para debate*. São Paulo: Editora Mackenzie, 2002, p. 19. O citado autor não apresenta expressamente a sua própria opinião a respeito; apenas induz que seria favorável a essa posição.

cristãos⁴. Os iluministas eram cristãos. Utilizavam freqüentemente textos sagrados cristãos para reforçar argumentos pretensamente racionais, sustentados por seus autores.

Voltaire, em seu “Tratado sobre a tolerância”, busca defender que a tolerância religiosa foi a regra na história antiga da humanidade. Afirma que, em regra, judeus, gregos e romanos eram tolerantes com religiões diversas⁵. A respeito do martírio dos primeiros cristãos, escreve que as autoridades romanas toleravam a nova religião, porém não toleravam a insubmissão política de alguns dos seus seguidores⁶. Seja como for, a idéia de “liberdade religiosa” para Voltaire é absolutamente incipiente, pois o pensador iluminista afirma expressamente que *deve* haver distinção entre os que professam a religião oficial em relação aos de outros cultos⁷. Ou seja, para Voltaire, a tolerância religiosa era o suficiente para a paz.

Especificamente com relação à perseguição romana, de fato, há registro de que, embora houvesse grande preconceito com os cristãos primitivos e o cristianismo fosse considerado delito, não há registro de perseguições sistemáticas de cristãos antes da segunda metade do século II⁸.

Com o crescimento e fortalecimento do cristianismo⁹, no século III, o imperador Constantino deu liberdade religiosa aos cristãos (311) e começou a transferir

⁴ Cf. Jonh Locke. *Carta sobre a tolerância*. In. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outro escritos: Ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis, Vozes, 1994, p. 239 a 289.

⁵ Cf. *Tratado sobre a tolerância: por ocasião da morte de Jean Calas (1763)*. Tradução de Willian Lagos. Porto Alegre, RS,: L&M, 2008. p. 40-47 e 68-75.

⁶ Cf. *Tratado sobre a tolerância*. p. 51.

⁷ “Não estou dizendo que todos aqueles que não fazem parte da religião do príncipe devam partilhar dos cargos e das honras daqueles que pertencem à religião dominante. Na Inglaterra, os católicos são considerados com partidários do pretendente católico ao trono e não podem ser nomeados para funções públicas; pagam até o dobro dos impostos; contudo, à exceção disso, gozam de todos os direitos dos cidadãos.” *Tratado sobre a tolerância*. p. 30

⁸ Cf. Paul Johnson. *História do cristianismo*. Tradução de Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Emago Editora, 2001.p. 89

⁹ “(...), no decorrer das operações anticristãs, em larga escala da segunda metade do século III, o Estado foi forçado a admitir que seu inimigo mudara e tornara-se um aliado em potencial. Na longa batalha pela supressão da clivagem interna, pela codificação de sua doutrina e expansão de suas fronteiras, o cristianismo havia se tornado, sob vários aspectos impressionantes, uma imagem do próprio império. Era católico, universal, ecumênico, ordenado, internacional, multirracial e cada vez mais legalista.” Paul Johnson. *História do cristianismo*. p. 93

os privilégios dos sacerdotes pagãos aos bispos cristãos¹⁰. Após o Edito de Teodósio, em 380, o cristianismo passou a ser a religião oficial no Império Romano. E, com o apoio imperial, a ortodoxia cristã passou de perseguida a inquisidora, inclusive contra outros grupos cristãos, considerados heterodoxos.

Em evolução, o cristianismo ortodoxo tornou-se parceiro do Estado e controlador da burocracia estatal. A Igreja tinha papel central no ensino e controlava a divulgação da cultura.

Em episódio absolutamente paradigmático, no natal do ano 800, o bispo de Roma coroou Carlos Magno, como imperador do novo e revivificado Sacro Império Romano¹¹. O pontífice passou a ser “fazedor de reis”¹².

A atitude de apoio ao imperador carolíngio certamente desagradou a parcela oriental do cristianismo. Esta permanecia absolutamente vinculada ao imperador de Constantinopla. Os cristãos ocidentais acusavam os orientais de cesaropapistas¹³ e os orientais retrucavam afirmando que o bispo de Roma se impôs aos demais de modo ilegítimo sobre os seus iguais¹⁴. Além disso, havia controvérsias teológicas entre ocidentais e orientais, como a *filioque*¹⁵.

A tensão entre as igrejas ocidentais e orientais se acirrou. Em 1054, os dois mais importantes patriarcas se excomungaram mutuamente, dando origem ao que se conhece por Igreja Católica Apostólica Romana e Igreja Ortodoxa. Antes da separação e até o presente momento, ambas se consideram universais (católicas) e teologicamente corretas (ortodoxa).

Seja como for, a fusão entre os poderes religiosos e estatais estava absolutamente consolidada. A Igreja cedia seu poder de organização, sua burocracia e poder de persuasão popular. O Estado cedia privilégios aos membros do clero e

¹⁰ C. Paul Johnson. *História do cristianismo*. p. 94

¹¹ Cf. Roger Olson. *História da teologia cristã: 2000 anos de tradição e reformas*. Tradução Gordon Chown. São Paulo: Editora Vida, 2001. p. 309

¹² Cf. Paul Johnson. *História do cristianismo*. p. 207

¹³ A expressão significa “César é Papa”, em clara alusão de que os orientais deixavam o Imperador de Constantinopla governar a Igreja.

¹⁴ Cf. Roger Oslo. *História da teologia cristã*. p. 311

¹⁵ A controvérsia se subsume a versão ortodoxa do Credo Niceno: se o Espírito Santo procede do Pai, ou concomitantemente do Pai e do Filho.

reconhecia a autoridade da Igreja.

Após a renascença e conjuntamente com fortalecimento dos estados nacionais, aflorou também a Reforma. Porém, ao contrário da Igreja Romana, agora centrada na figura papal, a Reforma não se resumiu a apenas um líder. Era um conjunto de doutrinas baseados em três grandes princípios: a autoridade suprema das escrituras, a salvação pela fé somente e o sacerdócio de todos os crentes. Por esse último princípio, todos os crentes eram, em tese, sacerdotes e missionários, com responsabilidade de manter relacionamento direto com Deus e divulgação do evangelho.

Assim, a Reforma era um movimento fluído demais para apoderamento de uma única organização religiosa e, portanto, seria de difícil convivência com os padrões exigidos pelos governantes da época. Esse incipiente pluralismo religioso não se harmonizava com o modelo de um estado confessional¹⁶. Os diversos grupos religiosos que contavam com parcela do apoio estatal, especialmente os luteranos, calvinistas e católicos tentavam impor monopólio religioso¹⁷. Assim, se perseguiram entre si e digladiavam-se com outras correntes teológicas, como os anabatistas.

Por outro lado, a ruptura religiosa determinada pelo movimento protestante impôs o problema da coexistência pacífica entre as diversas denominações cristãs. Nesse ponto, observe-se que a idéia de tolerância entre as religiões, ao contrário do que pretendeu Voltaire, era vista como um instrumento contrário à verdade, à caridade (a salvação das almas não pode se operar contra a verdade) e à pátria¹⁸.

Após uma série de batalhas e muitas mortes, em 1555, celebrou-se a Paz de Augsburg, onde se decidiu que cada príncipe ou príncipe-bispo de terras germânicas ditasse a religião seguida por seus súditos¹⁹. O princípio foi definido mais tarde como “*cuius regio, eius religio*”.

Nesse ponto, é importante observar que, nesta época, a mentalidade corrente era a que afirmava que a unidade religiosa era um pressuposto para o exercício

¹⁶ Cf. Aldir Guedes Soriano. *Historicidade dos direitos humanos e a liberdade religiosa*. In. Ribeiro, Maria e Mazzuolli, Valério (coordenadores). *Direito internacional dos direitos humanos: estudos em homenagem à Profa. Flávia Piovesan*. 3ª Reimpressão, Curitiba, Juruá Editora, 2007, p. 25-35.

¹⁷ Cf. Paul Johnson. *A história do cristianismo*. p. 350

¹⁸ Cf. Martina, Giacomo. *História da Igreja: de Lutero a nossos dias*. Edições Loyola. 1996. p. 158-160

¹⁹ Cf. Paul Johnson. *A história do cristianismo*. p. 350

do poder secular²⁰.

Em tese, o princípio do “cuius regio, euis religio” favoreceria a coexistência externa (internacional) dos Estados. Porém, em nada favoreceria a liberdade de consciência e religião, no âmbito interno de cada um dos Estados soberanos. A liberdade de se eleger uma religião não estava reconhecida ao indivíduo, mas exclusivamente a cada governante; o direito dos governantes estava em fixar a religião de seus súditos de modo obrigatório²¹.

Em 1573, a nobreza polonesa, pouco mais liberal, promulgou a Confederação de Varsóvia sobre a liberdade religiosa²². Em 1593, Henrique IV promulgou o Editto de Nantes reconhecendo alguma liberdade religiosa aos calvinistas²³. Em 1687, na Inglaterra, Jaime II, revogou o “Test Act” (que determinava o teste da negação da transubstanciação) e concedeu liberdade moderada de culto aos católicos²⁴.

Terminada a Guerra dos Trinta Anos, com a Paz de Westfália, o chamado *Instrumentum Pacis Osnabrugense* de 1648 avançou na idéia da liberdade religiosa. Os súditos católicos, luteranos e reformados, ainda que não praticassem a religião do príncipe, manteriam dois direitos: o de emigrarem ou de serem tolerados, em cultos privados e confessar publicamente sua religião em territórios vizinhos. O direito ao culto privado foi objeto de progressiva ampliação, passando a ser possível o culto de

²⁰ Cf. Christian Starck. *Raíces históricas de la libertad religiosa moderna*. Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Año 16, n. 47, Mayo/Agosto de 1996. p. 12

²¹ Cf. Christian Starck. *Raíces históricas de la libertad religiosa moderna*. p. 11

²² “A Polônia é um caso realmente singular: trata-se de um estado em sua grande maioria católico, cujos soberanos estão em ótima relação com a Santa Sé, professam uma fé sincera e promovem eficazmente a restauração católica, mas ao mesmo tempo concedem liberdade de culto aos dissidentes e, conscientemente, por razões bem claras, recusam toda coação à religião católica.” p. 176. É o teor da Confederação de Varsóvia: “Como há, em nosso Estado, ampla discordância quanto às questões relativas à religião cristã e a fim de impedir qualquer ímpeto fatal tal como se tem testemunhado em outros Estados, nós, que divergimos quanto à religião, comprometemo-nos, para nosso próprio bem e o de nossa perpetuidade, por nosso juramento, fé, honra e consciência, a manter a paz em nosso meio no tocante ao tema das diferenças de religião e das mudanças ocorridas em nossas igrejas; comprometemo-nos a não derramar sangue; não punirmos uns aos outros por meio de confisco de bens, perda de honra, aprisionamento ou exílio; não prestar qualquer assistência nesse sentido, sob qualquer forma, a qualquer autoridade, mas, pelo contrário, a nos unir contra todos os capazes de derramamento de sangue por essa razão, ainda que finjam agir em virtude de decreto ou decisão legal.” Paul Johnson. *A história do cristianismo*. p. 353

²³ Cf. Martina, Giacomo. *História da Igreja: de Lutero a nossos dias*. p. 175 e 176

²⁴ Cf. Martina, Giacomo. *História da Igreja: de Lutero a nossos dias*. p. 187

várias famílias conjuntamente, com o auxílio de ministros religiosos forasteiros²⁵.

A respeito do Tratado de Paz de Westfália, de 1648, Enrique Ricardo Lewandowski afirma ser este antecedente o mais remoto de proteção internacional de direitos humanos²⁶. Ainda segundo Lewandowski, a partir desse momento, tornou-se regra incluir nos tratados de paz, celebrados entre beligerantes de credos antagônicos, cláusulas que garantissem a liberdade de culto das minorias religiosas existentes nos territórios dominados. Nesse sentido, Lewandowski cita o Tratado de Kainardi de 1774, celebrado entre a Rússia e a Turquia; o Tratado de Viena de 1815, que objetivava restaurar o equilíbrio político europeu pós Napoleão Bonaparte; e o Congresso de Berlim de 1878, que condicionou o reconhecimento da independência dos Estados Balcânicos, recém libertados do jugo da Turquia, ao respeito da liberdade religiosa dos seus súditos²⁷.

Assim, podemos concluir que, em sua acepção moderna, a liberdade religiosa pode ser considerada consequência da reforma protestante e contra-reforma²⁸. Não tanto da nova linha teológica que surgia, mas das intensas perseguições que se seguiram à ruptura do cristianismo ocidental. Historicamente, a liberdade religiosa não foi inicialmente propagada com vistas às necessidades espirituais dos indivíduos, mas com o objetivo de conseguir a paz.

A divisão do cristianismo, em razão da Reforma e posterior subdivisão em diversas *seitas*, produziu a quebra da unidade entre o poder secular e a religião. Da mesma forma, o personalismo religioso cristão, introduzido (ou redescoberto) pela Reforma, permitiu ao indivíduo pensar em seu relacionamento com Deus de maneira individual, sem os intermediários *clericais*. Ainda que esteja inserido em uma comunidade, em uma igreja, o indivíduo descobriu que poderia se relacionar diretamente

²⁵ Cf. Christian Starck. *Raíces históricas de la libertad religiosa moderna*. p. 11 a 12

²⁶ Cf. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984. p. 76

²⁷ Cf. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. p. 76 e 77

²⁸ Não esqueçamos, no entanto, da lição de Pontes de Miranda: “Evitemos, todavia, o erro vulgar de atribuir à Reforma a descoberta do princípio ou a prática de tal liberdade, ou de reivindicá-lo para a Igreja católica. Tal princípio vinha fazendo, desde séculos, o seu caminho subterrâneo, através da vida de mártires, seja um Sócrates, seja um cristão primitivo, seja um Ário, no século IV, seja um Giordano Bruno (...).” *Comentários à constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969*. Tomo V. 2ª edição. Revista dos Tribunais: 1972. p. 120

com seu Criador²⁹.

Assim, a idéia de liberdade religiosa poderia ser considerada anticonfessional, mas não anticristã.

A consagração da liberdade religiosa, em termos mais amplos, somente pode ser reconhecida a partir da revolução americana. Na Europa, embora houvesse florescido a idéia de tolerância entre as religiões, o esquema político-institucional ainda estava muito vinculado ao Estado confessional³⁰. Os Estados europeus podiam consagrar e buscar a tolerância religiosa, mas ainda estavam longe de visualizar uma igualdade entre as diversas religiões e uma separação entre os assuntos políticos e civis e os religiosos.

Os Estados Unidos, como se sabe, foram colonizados por emigrantes ingleses, muitos dos quais haviam sofrido intensa perseguição religiosa na Europa. Porém, isso não significou o estabelecimento automático da liberdade religiosa. Ao contrário, os puritanos ingleses recém-chegados à América demonstraram pouca tolerância, ainda que em relação a outros grupos cristãos³¹.

No *Bill of Rights* da Virgínia de 1776 houve a consagração da liberdade religiosa como um direito humano³². Observe-se, no entanto, que o dispositivo do *Bill of Rights* impunha expressamente a “tolerância cristã.”

A primeira emenda da Constituição dos Estados Unidos também estabeleceu a liberdade religiosa, nos seguintes termos: “O Congresso não deve fazer leis a respeito de se estabelecer uma religião, ou proibir o seu livre exercício, ou diminuir a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou sobre o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações por ofensas.”

²⁹ Cf. Christian Starck. *Raíces históricas de la libertad religiosa moderna*. p. 15

³⁰ Cf. Martina Giacomo. *História da Igreja: de Lutero a nossos dias*. p. 188

³¹ Cf. Christian Starck. *Raíces históricas de la libertad religiosa moderna*. p. 16.

³² “Artigo 18º - A religião ou o culto devido ao Criador, e a maneira de se desobrigar dele, devem ser dirigidos unicamente pela razão e pela convicção, e jamais pela força e pela violência, donde se segue que todo homem deve gozar de inteira liberdade na forma do culto ditado por sua consciência e também da mais completa liberdade na forma do culto ditado pela consciência, e não deve ser embaraçado nem punido pelo magistrado, a menos, que, sob pretexto de religião, ele perturbe a paz ou a segurança da sociedade. É dever recíproco de todos os cidadãos praticar a tolerância cristã, o amor à caridade uns com os outros.” Esta é a tradução de Mauro Noleto, disponível no site <http://constitucional1.blogspot.com/2008/08/declarao-de-direitos-da-irgria-1776.html>, acesso em 29 de março de 2009.

Assim, nos Estados Unidos, consagrou-se a ruptura do modelo europeu de unidade entre o poder político e o religioso. O poder estatal tinha como seu fundamento o povo e não Deus. Com essa idéia, pode-se afirmar que o Estado seria cego aos problemas religiosos; um Estado neutro³³.

Na França, a consagração da liberdade religiosa, além da mera tolerância, foi fruto da Revolução Francesa. O artigo 10 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão dispunha da seguinte forma: “Ninguém pode ser incomodado por causa das suas opiniões, mesmo religiosas, conquanto não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.” A Constituição francesa de 1791, em seu título primeiro, também garantiu o mesmo princípio.

Na Alemanha, a Prússia e outros Estados menores já consagravam alguma idéia de liberdade religiosa; porém sem reconhecer o estado laico³⁴. Porém, coube à Constituição de Weimar de 1919 garantir a liberdade religiosa em seu sentido atual, com a garantia expressa de liberdade de associação para fins religiosos³⁵.

Em nosso breve apanhado histórico, percebe-se que a evolução em questão da liberdade religiosa, passou, desde a Reforma, por três períodos: intolerância religiosa; tolerância religiosa e liberdade religiosa em seu sentido atual.

Nesse ponto, observa-se que a mera tolerância religiosa era por vezes propagada, ainda que houvesse uma religião oficial. A tolerância do Estado com outras religiões pressupunha um envolvimento do Estado em assuntos religiosos e o reconhecimento de uma religião oficial.

A liberdade religiosa moderna surge somente com a neutralidade do

³³ Cf. Christian Starck. *Raíces históricas de la libertad religiosa moderna*. p. 17

³⁴ Cf. Christian Starck. *Raíces históricas de la libertad religiosa moderna*. p. 19

³⁵ “Artigo 137: Não há igreja oficial.

É garantida a liberdade de estabelecer organizações religiosas. Não há limitações a respeito da unificação das organizações religiosas dentro do Reich.

Cada organização religiosa administra seus próprios assuntos sem a interferência do Estado ou da comunidade.

As organizações religiosas adquirem a personalidade jurídica, de acordo com as regras do direito civil.

(...).

Dá-se às organizações religiosas estatuto igual às organizações civis que cultivam uma filosofia de vida.

(...).”

Estado em assuntos religiosos; quando este deixa de se preocupar com essas questões³⁶. Somente há liberdade religiosa em sentido moderno onde há igualdade de tratamento a todas as organizações religiosas e também de seus membros, permitindo o culto público e, aos últimos, o acesso a cargos públicos.

³⁶ Cf. Christian Starck. *Raíces históricas de la libertad religiosa moderna*. p. 20 e 21

2. O panorama atual

Dieter Grimm, antigo juiz da Corte Constitucional da Alemanha, relata que, durante algum tempo, a liberdade religiosa deixou de ser o direito fundamental mais controvertido, ao menos em seu país e nos demais países europeus. Isso porque com o avanço do secularismo e do estado laico, as controvérsias entre as igrejas cristãs diminuíram. A sociedade passou a se distanciar das controvérsias religiosas. A neutralidade estatal passou a ser encarada como parte de um plano divino³⁷.

Porém, a situação se alterou desde 1989-90, com o fim da divisão da Europa nos blocos comunista e capitalista, problema este que, no período da Guerra Fria, se evidenciava muito mais do que questões religiosas.

Assim, desde a última década do século XX, a liberdade religiosa e seus problemas correlatos voltaram à evidência. A religião passou a um processo de nova politização. E o problema religioso deixou de ser um assunto entre cristãos. Ao contrário, passou a ser um problema relacionado ao crescente multiculturalismo europeu, causado pelo processo de imigração³⁸. Da mesma forma, entre os cristãos, houve um processo de fundamentalização das crenças religiosas e também do crescimento de variadas interpretações de textos sagrados.

O fim da religião propugnada por pensadores nos séculos passados não se confirmou. Ao contrário, a religião não somente sobreviveu como prosperou. Ademais, a religião deixou de ser uma *tabu* nos assuntos de Estado. Há políticos, de relevância até mundial, que baseiam grande parte de sua campanha em aspectos religiosos. Até ser desmentida pela Casa Branca, aliados e adversários entenderam plausível a notícia que divulgava que George W. Bush havia declarado que invadiu o Iraque por revelação divina³⁹.

³⁷ Cf. *Freedom of religion in the secular state*. Cardoso Law Review. Yeshiva University. Vol. 30. June 2009. p. 2369

³⁸ Cf. Dieter Grimm. *Freedom of religion in the secular state*. p. 2370

³⁹ Cf. Kathleen M. Moore. *In this issue: religious pluralism and civil society: section three: minority and immigrant experience: muslims in the united states: pluralism under exceptional circumstances*. The Annals of the American Academy of Political and Social Science. Vol. 621, July, 2007, p. 119

Nesse ponto, há aqueles que declaram que o modelo secular encontra-se em decadência, surgindo o pós-secularismo, em uma nova aproximação entre o Estado e a religião⁴⁰.

No Brasil, também há a imposição da realidade multicultural em termos religiosos. A influência das religiões afro-brasileiras, antes abertamente discriminada, é perceptível desde há muito tempo. A decadência da Igreja Católica “tradicional” e a ascensão dos movimentos carismáticos também são sentidas. É crescente a influência econômica e política dos “evangélicos” e suas incontáveis divisões internas, herdadas do protestantismo tradicional. Além disso, avança o islamismo no sul do Brasil, as religiões adeptas às filosofias orientais, as crenças baseadas em comunicações com seres extraterrestres e o neopaganismo. Tudo isso se soma à influência dos meios de comunicação social, como instrumentos notadamente utilizados com o objetivo de divulgação e ensino da fé.

E, nesse contexto, o direito fundamental à liberdade religiosa ressurge como um problema atual, freqüentemente levado aos tribunais, de interesse dos estudiosos do direito constitucional.

⁴⁰ Sobre o assunto, Cf. Francesco Rimoli. *Laicità, postsecolarismo: intragrazione dell'estraneo. Una sfida per la democrazia pluralista*. Diritto Pubblico. 2. Il Mulino, 2002, p. 335 a 465

III. A TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONSEQÜÊNCIAS NO ESTUDO DA LIBERDADE RELIGIOSA

1. A teoria geral dos direitos fundamentais adotada

1.1. *Considerações iniciais*

Após as considerações iniciais históricas, importa-nos estabelecer as premissas teóricas que sustentarão nossas análises posteriores. Para tanto, será necessário esclarecer a teoria geral dos direitos fundamentais a ser adotada no trabalho.

A dificuldade da elaboração de uma teoria geral está na sua abrangência capaz de abarcar o maior número de situações possíveis. Ademais, soma-se a dificuldade da elaboração de uma teoria que traga distinções úteis aos aplicadores do direito. De nada adianta uma teoria totalmente genérica, que em nada ajude a aplicabilidade prática do direito.

As teorias dos direitos fundamentais podem partir de diversos pressupostos. Entre outras, há teorias históricas, que explicam o surgimento dos direitos fundamentais; teorias filosóficas, que se preocupam com a sua fundamentação; teorias sociológicas, sobre a função dos direitos fundamentais⁴¹.

Neste momento, interessa-nos uma teoria jurídica.

Nos últimos anos, Robert Alexy (e sua distinção entre princípios e regras) passou a ser referência freqüente em todos os trabalhos de pós-graduação em Direito Constitucional no Brasil.

Nossa análise, então, partirá da perspectiva da teoria sustentada por Robert Alexy. Porém, isso não significa que sejamos partidários acríticos de sua *Teoria dos Direitos Fundamentais*⁴². Por esse motivo, faremos referência a outros autores, que

⁴¹ Cf. Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2001. p. 27

⁴² Aliás, quando se trata de direitos sociais, nosso pensamento tende a sustentar a dificuldade da aplicação da teoria de Alexy. Por exemplo, no direito previdenciário, sua aplicação poderia levar à conclusão de que toda regra restritiva poderia ser declarada inconstitucional por desproporcionalidade. Afinal, estão em jogo problemas orçamentários de um lado e a saúde e existência digna de outro. Dificilmente alguém conseguirá

desenvolveram uma teoria semelhante, a partir das mesmas premissas ou de premissas semelhantes.

1.2. Os pressupostos da teoria adotada no trabalho

A teoria dos direitos fundamentais de Alexy é baseada em alguns pressupostos importantes. Distingue entre princípios e regras e “direitos *prima facie*” e “direitos definitivos”. A teoria de Alexy é uma “teoria externa” (em oposição às “teorias internas”) de “suporte fático amplo”. Admite restrição externa aos direitos fundamentais; porém não admite limites intrínsecos ao próprio direito fundamental.

1.3. A distinção entre princípios e regras – a ambigüidade do termo “princípio”

Há evidente divergência doutrinária a respeito do conceito de “princípios”.

Genaro R. Carrió aponta que há, na linguagem jurídica corrente, pelo menos 7 (sete) acepções do termo princípio. Princípio poderá significar (i) aspecto importante ou propriedade fundamental (exemplo: Separação dos Poderes); (ii) regra, guia, orientações gerais (exemplo: *nullum crimen sine culpa*); (iii) causa ou origem (exemplo: consciência jurídica popular); (iv) finalidade ou propósito (a *ratio legis* ou *mens legis* da lei); (v) premissa ou ponto de partida, verdade teórica, axioma (exemplo: o direito deve ser justo); (vi) verdade ética inquestionável (exemplo: todos os homens são iguais); (vii) máxima ou aforismo, razão prática (exemplo: ninguém é ouvido alegando sua própria torpeza)⁴³.

No Brasil, Paulo de Barros Carvalho reconhece, pelo menos, 4 (quatro) acepções do termo “princípio”. Para o tributarista, princípio poderá denotar: (i) norma jurídica de posição privilegiada e portadora de valor expressivo; (ii) norma jurídica de posição privilegiada que estipula limites objetivos; (iii) valores insertos em regras

sustentar que, diante do caso concreto, o juiz deve considerar a lei restritiva proporcional e legítima em prejuízo a um idoso que não possui meios para sua subsistência.

Porém, esse não é nosso problema. Para os direitos individuais, entendemos que a teoria de Alexy permite uma abordagem bastante elucidativa.

⁴³ *Notas sobre derecho y language*. Cuarta Edición corregida y aumentada - reimpression. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994. p. 209 a 212

jurídicas de posição privilegiada, independente de sua estrutura normativa; e (iv) limite objetivo estipulado em regra de forte hierarquia⁴⁴. Por esse motivo, classifica os princípios constitucionais tributários em *princípios valores* e *princípios limites objetivos*⁴⁵.

Em conhecida e citada lição, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que “princípio – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”⁴⁶ E prossegue o ilustre doutrinador administrativista: “Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer.”⁴⁷,

Ruy Barbosa Nogueira também possui conceito próprio de princípio. “Princípios são o ‘conjunto de proposições diretoras, características, às quais todo desenvolvimento seguinte deve estar subordinado.’⁴⁸”

Assim, constata-se que o termo “princípios” é plurívoco. Resta-nos, assim, o ônus de eleger o sentido que mais nos importa no presente trabalho.

1.4. Princípios e regras para Robert Alexy

Robert Alexy parte de uma distinção puramente analítico-estrutural. Sua distinção é, portanto, qualitativa⁴⁹.

Para Alexy, “princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes⁵⁰”; por esse motivo, Alexy assevera que princípios são “mandamentos de

⁴⁴ Cf. *Curso de direito tributário*. 13ª edição, revista e atualizada. São Paulo, Saraiva, 2000, p. 142

⁴⁵ Cf. *Curso de direito tributário*. p. 143 e 144

⁴⁶ *Curso de direito administrativo*. 15º edição refundida, ampliada e atualizada até a emenda constitucional 39, de 1912.2002. São Paulo: Malheiros, 2003. p.817 e 818

⁴⁷ *Curso de direito administrativo*. p. 818

⁴⁸ Cf. *Curso de direito tributário*. 15ª edição, atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 39

⁴⁹ *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 86

⁵⁰ *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 86

otimização⁵¹”.

Por outro lado, “regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não.”⁵² As regras, portanto, contem determinações necessariamente dentro do fático e juridicamente possível.

A distinção entre regras e princípios fica mais evidente no caso de colisão dos princípios e conflito de regras. Diz-se conflito ou colisão quando a aplicação concomitante de duas normas jurídicas conduz a resultados incompatíveis ou contraditórios. Tradicionalmente, no Brasil, este fenômeno denomina-se antinomias normativas.

No conflito de regras, apenas uma solução juridicamente possível há de prevalecer. Nesse caso, reconhece-se que uma das regras excepciona a outra (“*lex speciali derogat generali*”); declara-se a invalidade de uma das regras (no caso de inconstitucionalidade ou ilegalidade); ou reconhece-se a sua revogação (“*lex posterior derogat legi priori*”)⁵³. Trata-se, portanto, de um problema de validade da norma.

No caso da colisão de princípios, observa-se que a solução é bastante distinta. No caso de colisão de princípios, a prevalência de um não significa a invalidação do outro. Todos os princípios colidentes permanecem válidos⁵⁴. Seja qual for a solução dada ao caso concreto, nenhum dos princípios será invalidado; da mesma forma, não há relação de precedência absoluta entre princípios. A solução no caso concreto decorre de uma ponderação dos princípios colidentes. Na verdade, diante da situação concreta, se estabelece entre os princípios uma *relação de precedência condicionada*. Portanto, em outras condições fáticas ou jurídicas, a solução de precedência entre os princípios pode ser superada de outra maneira⁵⁵.

Dessa forma, há estreita conexão entre a teoria dos princípios de Alexy e a máxima da proporcionalidade⁵⁶. Não há como conceber o caráter de princípio sem relacioná-lo com a proporcionalidade. A restrição à aplicabilidade do princípio (que é um

⁵¹ *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 86

⁵² Cf. Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 87

⁵³ Cf. Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 88

⁵⁴ Cf. Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 89

⁵⁵ Cf. Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 92

⁵⁶ Cf. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 111

mandamento de otimização) somente deve ser realizada se proporcional, considerando os aspectos do caso concreto.

A máxima da proporcionalidade pode ser desmembrada em três máximas parciais: a adequação, a necessidade (postulado do meio mais benigno) e a proporcionalidade em sentido estrito (postulado da ponderação propriamente dito).

A adequação e a necessidade se referem às possibilidades fáticas. A adequação refere-se à obrigatoriedade de a restrição ao princípio ser adequado a uma finalidade, também garantida pelo ordenamento⁵⁷. A necessidade impõe a obrigatoriedade de a restrição ao princípio ser realizada pelo meio menos gravoso⁵⁸.

A proporcionalidade em sentido estrito diz respeito às possibilidades jurídicas; pois, para a solução do caso concreto, o intérprete deverá analisar os princípios contrapostos.

Voltemos, então, ao conceito de princípio como *mandato de otimização*, restrito pelas possibilidades fáticas e jurídicas.

1.5. O caráter “*prima facie*” dos princípios e das regras

Os princípios são mandados de otimização e, assim, devem ser cumpridos na maior abrangência *possível*. Em caso de colisão com outro “mandamento de otimização” e se não for *possível* cumpri-lo, não haverá invalidação e ambos os princípios colidentes continuarão a coexistir no sistema.

Considerando seu caráter estrutural, percebe-se que os princípios somente asseguram direitos “*prima facie*”. Não determinam que o direito será assegurado em definitivo; afinal podem ceder no caso concreto em razão de razões asseguradas pelo princípio oposto⁵⁹. Opõem-se, assim, direitos “*prima facie*” e “direitos definitivos”, estes resultados da interpretação do texto e da ponderação, como produto da aplicação concreta do direito.

Para Alexy, também as regras asseguram direitos apenas “*prima facie*”,

⁵⁷ Cf. Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 114 e 115;

⁵⁸ Cf. Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 113 e 114

⁵⁹ Cf. Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 98

pois podem ser excepcionadas em virtude de argumentação jurídica⁶⁰. Porém, são razões definitivas, a menos que se haja estabelecido uma exceção⁶¹. É claro que, para tanto, o intérprete deverá levar em consideração que a regra em questão foi estabelecida pela autoridade legitimamente constituída, segundo critérios predeterminados na regra superior. A esses princípios que claramente fortalecem o cumprimento das regras postas pela autoridade competente e dão-lhes caráter quase definitivo, Alexy chamou de “princípios formais”⁶².

Dessa forma, Alexy reconhece a precedência das regras em relação aos princípios, a não ser que a motivação de decisão diversa (contrária à regra) decorra do texto da Constituição⁶³.

1.6. A teoria de Alexy – “teoria externa” e “suporte fático amplo”

Podem ser chamadas de teorias internas aquelas que acham que o direito fundamental é limitado por sua natureza. Há limites intrínsecos (internos) aos direitos fundamentais, considerando todas as situações possíveis. Há um conteúdo imutável e irrestringível do direito fundamental. Em outras palavras, não há direitos ilimitados e o que se chama de restrição, na verdade se trata do próprio limite do direito fundamental. Não há duas coisas: o direito e sua restrição; mas apenas uma: o direito delimitado⁶⁴.

No entanto, a teoria de Alexy, a adotada no presente trabalho, é uma *teoria externa*. A restrição é externa ao direito fundamental protegido. Há distinção nítida entre os direitos fundamentais (mandamentos de otimização) e suas restrições. Não há um conteúdo pré-definido e limitado do direito fundamental. Nos diversos textos, os direitos fundamentais são protegidos apenas “prima facie” e não são “direitos definitivos”⁶⁵.

⁶⁰ Cf. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 99

⁶¹ Cf. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 101

⁶² Cf. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 100

⁶³ Cf. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 135. Citaremos o texto: “Más bien, vale la regla de precedencia según la cual el nivel de las reglas precede al de los principios a menos que las razones para determinaciones diferentes a las tomadas en el nivel de las reglas sean tan fuertes que también desplacen al principio de la sujeción al texto de la Constitución.”

⁶⁴ Cf. Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 268

⁶⁵ Cf. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 268 e 269

Assim, a teoria de Alexy não admite limites internos aos direitos fundamentais, mas apenas restrições externas, fundamentadas em regras ou princípios opostos. Dessa forma, percebe-se que, em certo sentido, os direitos fundamentais são relativos, pois somente podem ser claramente compreendidos em relação ao ordenamento jurídico como um todo, em especial com as disposições iusfundamentais opostas.

A consequência jurídica de uma norma se produz quando se cumprem todas as condições⁶⁶.

Ao considerá-lo independentemente de sua restrição, o direito fundamental possui “suporte fático amplo”. Ou seja, considerado “prima facie”, o direito fundamental outorga proteção a todas as situações concretas relacionadas ao direito fundamental⁶⁷. Essa idéia é compatível com os “mandamentos de otimização” que, “prima facie” devem ser cumpridos absolutamente. Ao exemplificar seu pensamento, Alexy refere-se à liberdade de imprensa, a qual deve ser interpretada ampliativamente, sem considerações valorativas a respeito da qualidade da publicação ou divulgação⁶⁸.

Em contraposição às teorias de “suporte fático amplo”, há as teorias de “suporte fático estrito”. Essas teorias excluem do âmbito de proteção da norma situações, supostamente sem a utilização do critério da ponderação⁶⁹. A teoria do “suporte fático estrito” é compatível com a limitação interna dos direitos fundamentais.

Por oportuno, observe-se que todos admitem que os direitos fundamentais não são absolutos, se considerados em relação uns aos outros⁷⁰. O problema fundamental está na construção dos limites, se por limitações internas ou por restrições externas. As teorias internas e de suporte fático restrito admitem limitações internas e apriorísticas independente da utilização da ponderação; excluem do âmbito de proteção da norma situações que estão fora dos limites do direito fundamental. As teorias externas e de suporte fático amplo admitem restrições resultadas da ponderação com outros direitos fundamentais ou outros princípios, a depender do caso concreto; admitem como

⁶⁶ Cf. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 298

⁶⁷ Cf. Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 311

⁶⁸ Cf. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 312

⁶⁹ Cf. Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 311

⁷⁰ Porém, há doutrinadores que afirmam que os direitos fundamentais são absolutos, no sentido de que são garantidos a todos os homens e que derivam da natureza humana. Também há aqueles que afirmam que os direitos humanos são absolutos, no sentido de serem irrenunciáveis.

protegidas “prima facie” todas as situações relacionadas ao direito fundamental em questão.

1.7. A restrição aos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, protegidos que são “prima facie”, são restringíveis. As restrições podem ser realizadas de duas formas: a) através da competência deferida ao legislador; e b) pelas proibições ou obrigações impostas aos cidadãos; ou que restrinjam competências dos indivíduos.

Com relação às regras de competência, é bem verdade que não estabelecem verdadeiras restrições, mas somente fundamentam a restringibilidade. Fundamentam, tão-somente, a possibilidade jurídica da restrição⁷¹.

As normas que proíbem, obrigam ou restringem competência dos indivíduos, impõem um “não direito ou uma “não liberdade”. Essas restrições podem ser instituídas por regras ou por princípios colidentes.

Todas as restrições aos direitos fundamentais devem estar ancoradas no texto constitucional. Podem ser diretamente constitucionais (estabelecidas pela própria constituição) ou indiretamente constitucionais (cuja imposição está autorizada pela Constituição)⁷².

Ao se verificarem os diversos textos constitucionais, percebe-se que os direitos fundamentais são outorgados sem reserva expressa ou com reserva expressa⁷³. Em ambos os casos, admite-se a restrição dos direitos fundamentais.

Como exemplo de direito fundamental sem reserva expressa, pode-se indicar o consubstanciado no artigo 5º, IX, da Constituição Federal: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e comunicação, independentemente de

⁷¹ Cf. Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 275

⁷² Cf. Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 276

⁷³ Essa última categoria (direitos fundamentais com restrição expressa) pode ser dividida em direitos fundamentais com restrição expressa simples e direitos fundamentais com restrição expressa qualificada. A primeira pode ser restrita por obra do legislador; a segunda deve conduzir necessária e expressamente a um juízo de ponderação. Para nossa análise, não nos interessa essa discussão. Cf. Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 119 a 129

censura ou licença⁷⁴”. Por outro lado, há direito fundamental de reserva expressa no caso do artigo 5º, XIII: “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas às qualificações profissionais que a lei estabelecer.”

No caso dos direitos fundamentais sem reserva expressa, a inexistência de ponderação poderia levar a uma proteção exacerbada. Considerando que o direito fundamental possui estrutura de princípio, se trata de um mandamento de otimização. Sem restrição, o direito fundamental estatuído ou seus direitos fundamentais adstritos conduziriam inevitavelmente a desrespeito a outros direitos fundamentais. A restrição é absolutamente necessária quando todos são igualmente titulares de direitos fundamentais⁷⁵.

Os direitos fundamentais com reserva expressa remetem a uma norma de competência e conferem expressamente ao legislador o poder de restringir. Por outro lado, sem a devida ponderação, as normas de direitos fundamentais com reserva expressa conduziriam a quase inexistência de proteção contra a legislação ordinária. Se o legislador pudesse, validamente, restringir totalmente o alcance do direito fundamental significaria que não está sujeito a elas⁷⁶.

⁷⁴ Referimo-nos à liberdade de expressão em geral. Em relação à comunicação social, regulamentada pelos artigos 220 e seguintes da Constituição, há restrições expressas.

⁷⁵ Cf. Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 120

⁷⁶ Cf. Robert Alexy. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 124 e 125

2. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

2.1. Considerações iniciais

Em sua origem histórica, a partir do século XVIII, a teoria dos direitos fundamentais tinha como objeto de análise um sujeito passivo bastante determinado: o Estado. Foram concebidos como limitações ao poder estatal, em defesa da liberdade.

De acordo com a teoria contratualista em voga à época do iluminismo, a sociedade derivava de um contrato social. Ao ingressar hipoteticamente na sociedade, o homem permitia a restrições à sua liberdade absoluta para usufruir determinados benefícios somente possíveis na conjugação de esforços comuns. Para tanto, o homem renunciava a certos direitos e mantinha outros. Estes últimos direitos irrenunciáveis e provenientes da natureza humana ou da razão seriam a origem legitimadora dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, então, de legitimidade jusnaturalista, seriam posteriormente “declarados” (no sentido de reconhecidos) por declarações de direitos.

Nessa visão, o Estado, aparece como o grande potencial inimigo dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, assim, eram limites aos poderes estatais.

É certo que, ainda hoje, há direitos fundamentais oponíveis somente ao Estado. A proibição da pena de morte, garantias judiciais, a retroatividade da lei penal mais benigna em matéria penal são matérias exclusivamente oponíveis e voltadas ao Estado⁷⁷. O Estado, titular do *ius puniendi*⁷⁸, é quem legitimamente pode exercer a força na área penal. Esses direitos fundamentais consagrados, notadamente na área penal, não se opõem aos particulares, uma vez que estes, em nosso sistema, não executam a tutela penal legitimamente⁷⁹.

Porém, mais recentemente, percebeu-se que não apenas o Estado, mas

⁷⁷ Cf. Guillermo Gordo. *Algunas cuestiones vinculadas con la interpretación en materia de derechos humanos*. In. Augustín Gordillo (coordenador). *Derechos humanos*. 6º. Edición. Buenos Aires, Fundación de derecho administrativo, 2007. p. V-11

⁷⁸ Ainda que existam ações penais privadas, a doutrina penal entende se tratar de direito de titularidade do Estado.

⁷⁹ Ainda que seja possível visualizar algumas regras penais permissivas (legítima defesa, estado de necessidade, excludentes de culpabilidade, etc.) não se pode afirmar que o Estado conferiu que os particulares pudessem exercer a tutela penal.

também os particulares são violadores de direitos fundamentais. Nesse sentido, a mais recente doutrina brasileira (privatista e publicista) tem estudado aprofundadamente o tema, sob as seguintes nomenclaturas: constitucionalização do direito, eficácia horizontal dos efeitos fundamentais e vinculação dos particulares aos direitos fundamentais⁸⁰. Da mesma forma, a jurisprudência brasileira vem se posicionando a respeito desse assunto.

No caso do direito internacional dos direitos humanos, há clara vinculação do Estado. Porém, isso não quer dizer que os particulares estejam desobrigados ao respeito desses tratados. Conforme reconhece Christian Coutiris, é relativamente freqüente encontrar em tratados de direitos humanos normas que estabeleçam direitos cujo sujeito passivo seja um particular⁸¹.

A esse propósito, decidindo pela aplicabilidade aos particulares dos direitos humanos reconhecidos em tratados, há posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em Opinião Consultiva, a Corte decidiu que o princípio da não discriminação nas relações de trabalho vincula também os particulares⁸².

2.2. Eficácia direta e eficácia indireta dos direitos fundamentais

Na doutrina, há debate acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, se o fenômeno ocorre de maneira direta ou indireta.

Na defesa de uma eficácia indireta, reconhece-se o Estado como sujeito passivo principal das obrigações decorrentes do direito fundamental. Assim, a princípio,

⁸⁰ Nesse sentido, Ingo Sarlet: “A doutrina constitucionalista, por sua vez, apenas algum tempo depois passou a se ocupar mais detidamente sobre a matéria, colocando as relações entre os direitos fundamentais e o Direito Privado no centro da discussão, ao passo que a dogmática do Direito Privado, pelo que se pode avaliar a partir da produção científica prevalente, a partir de uma perspectiva mais ampla, um Direito Civil-Constitucional (...)”. *A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro*. In. Antônio Monteiro, Jörg Neuner, Ingo Sarlet. *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Almedina, 2007, p. 113.

⁸¹ Cf. *La eficacia de los derechos humanos em las relaciones entre particulares*. In. Antônio Monteiro, Jörg Neuner, Ingo Sarlet. *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Almedina, 2007, p. 85

⁸² CIDH, Opinião Consultiva OC nº 18/03, de 17 de setembro de 2003. “O princípio da igualdade perante a lei e a não discriminação impregna toda atuação do poder do Estado, em qualquer de suas manifestações, relacionado com o respeito e a garantia dos direitos humanos. O dito princípio pode considerar-se efetivamente como um imperativo do direito internacional geral, enquanto é aplicável a todo Estado, independente de que seja parte ou não em determinado tratado internacional, e geram efeitos em relação a terceiros, inclusive particulares.”

somente o Estado deve respeito aos direitos fundamentais. Porém, o juiz e/ou o legislador, órgãos estatais, reconhecem a proteção desses direitos nas relações entre particulares, protegendo-os uns contra os outros. O juiz e/ou o legislador, os quais estão obrigados a respeitar os direitos fundamentais, realizam a proteção no caso concreto, em um caso entre particulares. Dessa forma, os particulares estariam apenas mediatamente (por intermédio de um juiz ou da legislação) obrigados a respeitar os direitos fundamentais⁸³. Claus-Wilhelm Canaris partilha dessa opinião⁸⁴.

Na base de uma eficácia indireta, há o reconhecimento do princípio da autonomia privada, do direito geral de liberdade, consagrado nas constituições⁸⁵. Ao mesmo tempo, reconhece-se que a legislação resta impregnada por valores constitucionais, especialmente na interpretação de cláusulas gerais⁸⁶.

O modelo da eficácia direta⁸⁷ dos direitos fundamentais baseia-se na idéia de que os particulares são diretamente obrigados a respeitar os direitos fundamentais⁸⁸. Não é necessária intermediação legislativa alguma para que o particular esteja obrigado a respeitar os direitos fundamentais.

Nesse sentido da eficácia direta, há precedentes do Supremo Tribunal

⁸³ Cf. Ingo Sarlet. *A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro*. p. 126. O mesmo autor acaba, por fim, a rechaçar o critério da distinção de eficácia direta/indireta do sujeito destinatário da obrigação de proteção. p. 127

⁸⁴ Isso se verifica de algumas conclusões de Canaris: “Como primeiro resultado parcial, pode portanto reter-se: destinatários das normas de direitos fundamental são, em princípio, somente o Estado e os seus órgãos, mas não sujeitos de direito privado.” “O objeto do controlo segundo os direitos fundamentais são, em princípio, apenas regulações e atos estatais, isto é sobretudo leis e decisões judiciais, mas não também atos de sujeitos de direito privado, ou seja, e sobretudo, negócios jurídicos e atos ilícitos.” *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo W. Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª reimpressão da edição de julho de 2003. Almedina: 2009. p. 55.

⁸⁵ Cf. Virgílio Afonso da Silva. *A constitucionalização do direito*. Malheiros, 2005. p. 75. Observe-se que Virgílio Afonso da Silva distingue entre modelos de “não-efeitos”, “não aplicabilidade (direta)” e “aplicabilidade”. Para o autor, somente no último caso há “aplicabilidade das normas de direitos fundamentais às relações entre particulares.” (*A constitucionalização do direito*. p. 59 e 60). Dessa forma, estamos adaptando o pensamento do autor aos modelos adotados.

⁸⁶ Cf. Virgílio Afonso da Silva. *A constitucionalização do direito*. p. 79 e 80

⁸⁷ Ou aplicabilidade direta.

⁸⁸ Cf. Virgílio Afonso da Silva. *A constitucionalização do direito*. p. 87

Federal, em relação a garantias processuais⁸⁹ e em matéria de isonomia nas relações de trabalho⁹⁰.

2.3. O modelo adotado

Antes de qualquer outra consideração, é importante reconhecer que há uma relação de complementaridade entre a vinculação do Estado e dos particulares. Em tema de direitos fundamentais em geral, também se pode dizer que há quase sempre uma legislação aplicável; são mais raras as hipóteses de casos não tratados pela legislação⁹¹. Assim, a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, embora possível, não é a regra em nosso sistema.

Porém, na questão da liberdade religiosa, o modelo adotado revela-se bastante importante. Isso porque, no Brasil, ou não há regulamentação ou há regulamentação insuficiente. Não há, como em outros países, uma lei orgânica da liberdade religiosa.

Virgílio Afonso da Silva socorre-se da idéia de “princípios formais”, já exposta no trabalho. Da mesma forma que a lei infraconstitucional deve, em princípio, ser respeitada, por ser posta pelo Parlamento, a convenção dos particulares também deve

⁸⁹ STF, 2ª turma, RE nº 201.819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie; Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 26/10/2006. Tratava-se da possibilidade de exclusão de associado de associação sem obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa. “A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88).”

⁹⁰ STF, 2ª turma, RE nº 161.243-6/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19/12/1997. “Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional.

⁹¹ Essa é a afirmação de Ingo Sarlet. *A influência dos direitos fundamentais no direito privado: o caso brasileiro*. p. 127

prevalecer⁹².

Os direitos fundamentais (princípios materiais) possuem uma função negativa, retirando a competência do legislador de legislar em um determinado sentido. Porém, isso não quer dizer que o legislador possua uma pequena margem de discricionariedade. Ao contrário, compete ao legislador decidir, em primeiro plano, sobre os direitos fundamentais.

Assim, Virgílio Afonso da Silva reconhece que os direitos fundamentais tendem a ser normas limitadoras da autonomia privada⁹³. A autonomia privada também é um princípio, que deve ser realizado na maior medida possível dentro das condições fáticas e jurídicas do caso concreto⁹⁴.

Além disso, outro critério pode ser utilizado, como o grau de assimetria entre as partes envolvidas. O princípio formal em jogo é o princípio da autonomia da vontade, que sustenta que o que deve prevalecer é o contratado. Assim, esse princípio será tanto mais valorizado na medida em que haja maior autonomia e independência dos interessados; ou seja: se houver simetria entre as partes envolvidas⁹⁵.

Trata-se de uma idéia antiga aplicada de uma nova maneira. É sabido que, em ramos do direito privado, como o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor, não há equivalência fática entre os sujeitos da relação jurídica. Por esse motivo, justifica-se, em nome da isonomia material, a desigualação, conferindo maior proteção jurídica à parte hipossuficiente. No caso, porém, se trata de direitos fundamentais, que, em tese, não necessitam ser conferidos pelo legislador.

⁹² Cf. Virgílio Afonso da Silva. *A constitucionalização do direito*. p. 149

⁹³ Cf. Virgílio Afonso da Silva. *A constitucionalização do direito*. p. 151

⁹⁴ Cf. Virgílio Afonso da Silva. *A constitucionalização do direito*. p. 153

⁹⁵ Cf. Virgílio Afonso da Silva. *A constitucionalização do direito*. p. 153

IV. A LIBERDADE RELIGIOSA – ASPECTOS GERAIS

1. Considerações iniciais – aplicação da teoria geral adotada

Considerando a teoria geral dos direitos fundamentais adotada no trabalho, faz-se mister algumas considerações iniciais.

Estamos acostumados com a idéia de que a doutrina deve se esforçar para declarar, a priori, o *conteúdo* e *limites* dos direitos, inclusive dos direitos fundamentais.

Na teoria geral adotada (Alexy), percebe-se a aversão a limites intrínsecos aos direitos fundamentais. Porém, isso não quer dizer que se trata de direitos absolutos. Há a possibilidade de restringir o direito fundamental, mediante argumentação jurídica consubstanciada na aplicação da máxima da proporcionalidade, na ponderação de outros princípios e regras constitucionais contrapostas.

Ao aplicar a teoria ao direito fundamental à liberdade religiosa, percebe-se este deve ser considerado “mandamento de otimização”. Ou seja, o direito fundamental à liberdade religiosa deve ser protegido de forma mais ampla e poderosa possível, dentro das condições fáticas e jurídicas possíveis.

Diante disso, qualquer que seja a nossa definição da liberdade religiosa e dos direitos fundamentais relacionados, nós sabemos que será demasiadamente fluída, a abarcar o maior número das situações possíveis. É impossível ou, pelo menos, contraproducente, limitar objetivamente e “a priori” esses direitos fundamentais. Pela Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, será melhor considerá-los como mandamentos de otimização, considerando a *estrutura* dos direitos fundamentais, aplicável aos direitos de liberdade religiosa.

Assim, devemos considerar esses direitos de liberdade religiosa como direitos “prima facie”. A definição “abrangente” dos direitos fundamentais de liberdade religiosa, porém, é incapaz de resolver casos concretos polêmicos. O fato de alguém adorar uma divindade, em seu quarto e de portas fechadas, fará com que a liberdade religiosa nesse caso tenda ao absoluto. Não haverá qualquer *limitação* ou *restrição* ao exercício do direito à liberdade religiosa.

Por outro lado, na medida em que haja práticas do culto que possam afetar outros direitos (à honra, ao silêncio, à incolumidade física, à proteção ao meio ambiente, etc.), há a natural necessidade de se *restringir* o direito à liberdade religiosa. Apenas no caso concreto, mediante o critério da proporcionalidade, poderemos verificar qual o direito que irá prevalecer – os “direitos definitivos”.

No entanto, isso não quer dizer que renunciemos à *certeza do direito* (por nós entendida como *probabilidade*). O discurso jurídico não é irracional, mas segue regras. Ademais, desde que abertamente fundamentados em suas premissas, “os argumentos são expressão pública da reflexão.”⁹⁶ Não se trata da aplicabilidade de um modelo de *decisão*, no qual o livre-arbítrio seria absoluto, mas de *fundamentação*⁹⁷.

Porém, na teoria adotada, não será possível analisar profundamente o direito fundamental à liberdade religiosa sem recorrer a casuísmos. É no caso concreto, mediante a consideração de outros princípios constitucionais, que se poderá demonstrar possíveis restrições à liberdade religiosa.

Não há direito fundamental intrinsecamente superior a outro⁹⁸, pois, somente no caso concreto, se poderão conhecer os direitos definitivos. Não basta, assim, arrolar quais direitos fundamentais seriam mais importantes e quais seriam menos importantes do que a liberdade religiosa.

A teoria geral adotada é propensa à regulamentação dos direitos pelo legislador. Se todos os direitos fundamentais possuem a mesma importância, a solução de colisões de direitos fundamentais determinada pelo legislador a princípio deve ser considerada válida, pois é fruto de uma manifestação de um poder de legitimidade democrática (“princípios formais”). Desconsiderar a solução legislativa ou mesmo

⁹⁶ Robert Alexy. *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade* (tradução de Menelick de Carvalho Netto). Ratio Iuris nº 2, junho de 2003, p. 139

⁹⁷ “No modelo de decisão, o estabelecimento de um enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico racionalmente incontrolável. Por outro lado, o modelo da fundamentação distingue entre o processo psíquico, que conduz à determinação do enunciado de preferência, e sua fundamentação.” Alexy. Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 158

⁹⁸ Conforme assevera Manoel Gonçalves Ferreira Filho em crítica a teoria de Alexy, o “peso” de direitos fundamentais “é sempre arbitrário e discutível, já que a Constituição não estabelece tal escala”. *Curso de direito constitucional*. 35ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 397. A crítica é procedente, se considerarmos os direitos abstratos, desvinculados de um caso concreto.

regulamentar (editada pelo Poder Executivo, também legítimo) demandará argumentação iusfundamental muito mais rigorosa, a demonstrar a ausência de proporcionalidade da medida.

2. A liberdade religiosa – conceitos fundamentais

2.1. A religião e seu conceito

O conceito de religião deve ser o mais aberto possível, a fim de evitar restrições desnecessárias no conceito. Da mesma maneira, excluir aprioristicamente esta ou aquela manifestação religiosa da proteção constitucional será certamente discriminatória, resultado de preconceito não desejado em um Estado de Direito Democrático.

Nos Estados Unidos, Thomas Baker e Jerre Willians lembram que “A Constituição em nenhum lugar define religião ou diz o que qualifica como uma⁹⁹”.

Laurence Tribe ensina que, até o século XIX, o conceito de religião era entendido de forma restrita, teísta, em termos ocidentais, relacionado aos temas de divindade, moralidade e adoração¹⁰⁰. Porém, no século XX, com o reconhecimento de mais de 250 grandes organizações religiosas, o conceito jurídico de religião deveria se transformar, de maneira a se tornar mais pluralista. Assim, a religião passou a ser definida sob uma perspectiva do crente e não de uma teologia sistematizada¹⁰¹. Nesse sentido, a Suprema Corte dos Estados Unidos, nas palavras de *Chief Justice* Burger, no caso *Thomas v. Review Board*: “A determinação do que é crença ou prática religiosa’ é, muitas vezes, tarefa difícil e delicada (...). Porém, a resolução da questão não deve levar em conta a percepção judicial de crença ou prática; as convicções religiosas não precisam ser aceitáveis, lógicas, coerentes ou compreensíveis para os outros, a fim de merecer a proteção da primeira emenda.¹⁰²”

No Brasil, a questão também se mostra delicada.

Para nós, religião é a crença e a manifestação da crença no poder divino ou sobrenatural. Baseada totalmente na fé, ainda que haja pretensão à correção

⁹⁹ *Constitutional analysis in a nutshell*. Thomson West: 2003, p. 446

¹⁰⁰ Cf. *American constitutional law*. Second edition. New York, The foundation press INC. 1988, p. 1179

¹⁰¹ Cf. *American constitutional law*. p. 1179 a 1181

¹⁰² Suprema Corte dos Estados Unidos. *Thomas v. Review Bd., Ind. Empl. Sec. Div.*, 450 U.S. 707 (1981); 450 U.S. 707; *Thomas v. Review Board Of The Indiana Employment Security Division Et al. Certiorari To The Supreme Court Of Indiana*. No. 79-952. Argued October 7, 1980. Decided April 6, 1981.

científica por parte de seus seguidores. Também não é necessária sistematização teológica, nem unidade organizacional ou mesmo vinculação a um determinado líder. Assim, para a proteção constitucional, será considerada religião o candomblé, o cristianismo, o espiritismo, o islamismo, o budismo, a prática de cartomancia e necromancia, a crença em “filosofias orientais” como Seicho-no-ie, etc. Basta, assim, a ligação a um aspecto sobrenatural, ainda que não seja ligado a um deus pessoal.

É evidente que o problema se desloca para saber a distinção entre o que é sobrenatural e o que é natural. Também nesse aspecto, é importante uma interpretação ampliativa. Será sobrenatural se houve alguma vinculação a um ser ou poder imortal, superior ou distinto da natureza, como normalmente concebida. A crença na imortalidade da alma será sobrenatural, ainda que alguns pretendam provar tal fato cientificamente.

Embora deva ser interpretada ampliativamente, a abarcar todo tipo de manifestação espiritual, o conceito de religião não pode ser confundido com ideologia, crenças políticas, ou outro tipo de manifestação intelectual do ser humano. A religião deve estar, necessariamente, ligada ao sobrenatural.

A religião se distingue das outras filosofias na parte que é particularmente não-racional. A racionalidade, segundo Jane Rutherford, pode ser definida de diversas maneiras, pelas decisões: a) baseadas em argumentos racionais, não em coerção ou obrigação; b) não tomadas de maneira arbitrária; c) baseadas em conhecimento, não em apelos emocionais; d) tomadas de maneira autônoma, não em resposta a uma autoridade; e e) baseadas em experiências empíricas. Assim, a religião não se enquadra em nenhuma dessas definições de racionalidade¹⁰³.

Ao contrário da Constituição da Alemanha¹⁰⁴, não há na Constituição do Brasil de 1988 uma equiparação entre crenças religiosas e outros tipos de crenças. A imunidade dos templos não é extensiva a entidades dedicadas ao estudo da filosofia ou do direito constitucional. A assistência assegurada aos militares não abrange o acesso de professores de sociologia aos seus ambientes internos. Assim, o vocábulo *religião*, *templo*, ensino *religioso* e assistência *religiosa*, possuem significados próprios, vinculadas à idéia do sobrenatural. A Constituição de 1988 entendeu relevante a tutela específica da

¹⁰³ Cf. *Religion, rationality, and special treatment*. William & Mary Bill of Rights Journal. N. 9. February, 2001. p. 327

¹⁰⁴ Vide tópico próprio a respeito do direito comparado.

religião, que possui peculiaridades próprias, não equiparáveis às das crenças em geral (ideológicas, filosóficas, políticas, entre outras).

2.2. A sinceridade religiosa

No tópico anterior, concluímos que o conceito de religião deve ser amplo a ponto de abranger quaisquer manifestações relacionadas à crença no sobrenatural. Não pode o Estado decidir pela falsidade ou verdade de determinadas crenças no sobrenatural, a ponto de fixar um conceito restrito de religião, sob pena de infringir o princípio da neutralidade estatal.

Assim, o conceito de religião é por demais fluído e escapa de um controle mais apurado pelos órgãos estatais.

No entanto, no direito comparado, a jurisprudência admite o controle da *sinceridade* religiosa pelos órgãos estatais.

Há decisões do Tribunal Constitucional de Portugal no sentido de que a lei poderá estabelecer requisitos para a viabilidade da objeção de consciência, a fim de evitar a banalização da objeção e certificar-se da sinceridade do objetor¹⁰⁵. Decidiu-se, ainda, que a objeção de consciência é um direito procedimentalmente dependente, no sentido de que haverá um procedimento administrativo, para averiguar o cumprimento dos requisitos¹⁰⁶.

No mesmo sentido, decidiu a Suprema Corte da Nação Argentina: “o reconhecimento do direito de ser excluído do serviço de armas por objeções de consciência terá que ser resultado de uma acabada análise e escrutínio dos ditos motivos; quem o invoque deverá fazê-lo com sinceridade e demonstrar que a obrigação de se armar produz um sério conflito com suas crenças religiosas ou éticas contrárias a todo enfrentamento armado.”¹⁰⁷,

¹⁰⁵ Tribunal Constitucional de Portugal. 2ª. Seção, Acórdão 5/96, Processo 534/94, Relator Bravo Serra. Tratava-se da obrigação de assinar uma “declaração de expressa disponibilidade para cumprir o serviço público.”

¹⁰⁶ Tribunal Constitucional de Portugal. 1ª. Seção. Acórdão 95/96, Processo 32/95, Relator Ribeiro Mendes.

¹⁰⁷ Suprema Corte da Nação Argentina. P. 391. XX.; Portillo, Alfredo s/ infr. art. 44 ley 17.531. 18/04/1989; T. 312, P. 496

No caso *United States vs. Seeger*,¹⁰⁸ a Suprema Corte dos Estados Unidos afirmou ser possível aferir a sinceridade de quem alega a objeção de consciência. No caso, discutiu-se possibilidade de alguém, que não acredita na existência de um “deus ortodoxo” (conforme as orientações das religiões tradicionais), alegar a objeção de consciência e livrar-se do ônus da prestação do serviço militar. A sinceridade do objeto, assim, foi considerada suficiente, independentemente da religião ligada a um “Ser Supremo”. Nas palavras do *Justice* Clark: “Em resumo, Seeger professa ‘crença religiosa’ e ‘fé religiosa’. Ele não repudiou qualquer crença em uma relação com um Ser Supremo, na verdade, ele afirmou que ‘a ordem cósmica faz, talvez, sugerir uma inteligência criativa’; ele lamentou o enorme preço ‘espiritual’ que o homem deve pagar pela sua vontade de destruir a vida humana. À luz de suas crenças e da sinceridade inquestionável com a qual ele as mantinha, nós pensamos que o Conselho, se tivesse aplicado o teste que hoje propomos, teria lhe concedido a isenção. Nós pensamos que é evidente que as crenças que levaram a sua objeção ocupam o mesmo lugar em sua vida que a crença em divindade tradicional ocupa na vida de seus amigos, os Quakers.”

De acordo com Thomas Baker e Jerre Williams, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem há muito deixado uma coisa perfeitamente clara: o Estado tem somente o direito de determinar se a crença adotada é sincera, e o Estado não tem a competência de verificar a verdade ou a falsidade da religião ou a correção teológica ou fatural entre a crença religiosa e a pessoa que opõe seu direito a liberdade religiosa¹⁰⁹.

Ao analisar esses julgamentos, entendemos que a jurisprudência comparada se recusa ao exame da questão religiosa. Porém, não se furta ao exame da sinceridade e da boa-fé de quem opõe a sua liberdade religiosa.

É esse, então, o parâmetro de controle da alegada crença no sobrenatural, a ser utilizado no caso concreto.

2.3. Liberdade religiosa – análise panorâmica

É nossa pretensão elaborar uma tese jurídica e dogmática a respeito da liberdade religiosa.

¹⁰⁸ Suprema Corte dos Estados Unidos. *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163 (1965); 380 U.S. 163; *United States v. Seeger*,; *Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Second Circuit*. No. 50. ; Argued November 16-17, 1964.; Decided March 8, 1965.

¹⁰⁹ Cf. *Constitutional analysis*. p. 447

Por esse motivo, é necessário referir os dispositivos constitucionais referentes à matéria. Ademais, em nossos tópicos de direito comparado, sempre nos referiremos a cultos, crenças, etc.

Assim, uma aproximação preliminar é necessária, para se fixar conceitos.

O principal dispositivo da matéria encontra-se disposto no artigo 5º, VI, da Constituição Federal: “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.”

Nos termos do dispositivo acima, percebe-se que a primeira parte do inciso VI, do artigo 5º, não visa tutelar apenas alguns aspectos de liberdade religiosa, mas a *liberdade de consciência*.

Aqui fazemos a primeira distinção entre liberdade de *consciência* e liberdade de *crença*. É certo que, em um conceito lato, *consciência* pode abranger ou mesmo confundir-se com *crença*. Porém, em um sentido mais estrito, os conceitos são distintos, pois a *consciência* pode determinar-se em não ter *crença* alguma¹¹⁰.

Em termos jurídicos, a liberdade de consciência é a proteção constitucional da faculdade de o indivíduo formular idéias a respeito de si mesmo e do mundo que o cerca.

Assim, a liberdade religiosa não se confunde com a liberdade de consciência. A liberdade de consciência abrange também outras esferas do indivíduo, que podem não estar relacionadas com a religião. A liberdade de crença é aspecto ligado à liberdade religiosa, e, segundo nosso entendimento, sempre está ligado à religiosidade. A liberdade de consciência é, assim, mais abrangente que a liberdade de crença¹¹¹.

De acordo com Jorge Miranda, “a liberdade de consciência é mais ampla e compreende quer a liberdade de ter ou não ter religião (e de ter qualquer religião) quer a liberdade de convicções de natureza não religiosa (filosófica, designadamente) e,

¹¹⁰ Cf. Celso Bastos. *Curso de direito constitucional*. 19ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva. p. 190

¹¹¹ “A liberdade de consciência está prevista no art. 5º, VI, da Constituição. Não se esgota no aspecto religioso, mas nele se encontra expressão concreta de marcado relevo. Está referida também no inciso VIII do art. 5º da CF” Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco. *Curso de direito constitucional*. 2ª edição. Saraiva, 2008, p. 412

por outro lado, a liberdade de consciência releva, por definição, só do foro individual, ao passo que a liberdade religiosa possui também uma dimensão social e institucional.¹¹²,”

Nesse ponto, no texto da Constituição Federal de 1988, a liberdade religiosa acaba sendo tutelada reflexamente, pela própria proteção à liberdade de consciência.

Da mesma forma, o conceito de *crença*, a princípio, é mais amplo do que *crença religiosa*. É possível vislumbrar crenças desvinculadas de aspectos religiosos. Há crenças ideológicas, políticas, filosóficas, metodológicas, etc. Diante disso, a liberdade de crença abrangeria aspectos não-religiosos e, de certa forma, se confundiria com a liberdade de consciência.

Porém, os constitucionalistas brasileiros preferem relacionar o direito de crença ao aspecto interior ou interno da liberdade religiosa. Nesse sentido, Celso Ribeiro Bastos¹¹³, Milton Ribeiro¹¹⁴ e José Afonso da Silva¹¹⁵. Há, ainda, posição no sentido de simplesmente igualar os conceitos de liberdade religiosa e a liberdade de crença, como escreve Lourdes de Lima Santos¹¹⁶.

Preferimos a posição que consideramos majoritária no Brasil. A liberdade de crença, então, será menos abrangente do que a idéia de liberdade de consciência (a qual tutela todo pensamento) e a liberdade religiosa (a qual tutela todos os aspectos ligados à religião). Porém, em consonância com a doutrina majoritária, a idéia de liberdade de crença continua sendo ligada à religião, esta considerada em seus aspectos interiores. A liberdade de crença, assim, estará ligada à religião, ainda que seja para não aderir a nenhuma, desgostar de todas ou escolher o ateísmo.

A liberdade de crença não protege apenas a fé religiosa em seu aspecto interior ou espiritual. A mera consciência interna referente às crenças ou aos dogmas

¹¹² *A liberdade religiosa em Portugal e o anteprojeto de 1997*. Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. EDIPUCRS, Vol 21, Ano XXII, 2000, p. 172

¹¹³ Cf. *Curso de direito constitucional*. p. 191

¹¹⁴ Cf. *Liberdade religiosa: uma proposta para debate*. Editora Mackenzie, 2002. p. 34

¹¹⁵ Cf. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 251

¹¹⁶ Cf. Lourdes de Lima Santos. *Da proteção à liberdade de religião ou crença no direito constitucional e internacional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Revista dos Tribunais, Abril/Junho de 2005, nº 51. p. 121

religiosos, sem qualquer exteriorização no mundo sensível, é intrinsecamente irrelevante para o Direito. A crença de *per se* é o estado especial da alma humana, interior, inviolável, impessoal¹¹⁷. A crença, como a consciência interna, é sempre livre; não podem regras jurídicas impedir que os seres humanos pensem, ou creiam de determinada forma ou em determinada divindade. A liberdade de crença protege, não apenas os aspectos internos ligados à *fé*, mas a exteriorização da crença religiosa pelo indivíduo, mediante práticas externas, *ainda que muito limitadas pelas autoridades públicas*. O Direito tutela o comportamento, não apenas convicções. Assim, a liberdade de crença é, de fato, o direito de determinar-se segundo a sua crença. É o caso da prática religiosa que ocorre dentro de casas, ou reuniões de oração familiares ou com poucos integrantes.

Voltemos, então, à análise do artigo 5º, VI. A segunda parte do dispositivo (“... sendo assegurado o direito de culto”) se refere expressa e especificamente à liberdade religiosa. Não se concebe culto em que não haja aspecto religioso envolvido. Os cultos, assim, são protegidos expressamente e sem ressalvas expressas pelo Constituinte. Ainda no mesmo dispositivo (artigo 5º, VI), o Constituinte de 1988 remeteu à lei a garantia dos “locais de culto” e “suas liturgias”.

A religião não compreende apenas ao culto particular ou individual ao ente sagrado. Se assim fosse, bastaria a consagração da liberdade de crença, no sentido em que temos empregado a expressão.

A liberdade religiosa deve compreender também a proteção à prática *pública* de rituais religiosos e à realização de reuniões, também públicas, entre os praticantes de determinada religião. É a *liberdade de culto* que protege o direito à exteriorização da crença religiosa, em cultos públicos¹¹⁸. Nesse caso, a liberdade de crença pode ser manifestada publicamente, em cultos abertos, não se restringindo o culto a interiores de residências¹¹⁹.

O culto é a manifestação externa da crença, em reuniões públicas. É a manifestação da religião, através de adorações, venerações e liturgias públicas. Abrange os cultos internos (celebrados em templos) e externos (procissões, quermesses,

¹¹⁷ Cf. Maria Luiza Whataly Barreto. *Exercício da liberdade religiosa*. In. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Revista dos Tribunais: São Paulo, Ano 4, Janeiro-Março de 1996, p. 250.

¹¹⁸ Cf. José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. p.252

¹¹⁹ Nesse aspecto, a liberdade de culto se distingue da mera liberdade de crença.

caminhadas, etc.).

Pareceria óbvio que a liberdade de crença, por assegurar aspectos externos e internos da crença religiosa, compreendesse também a liberdade de culto. Porém, na prática ocidental, essa afirmação não seria procedente. Por esse motivo, a distinção entre direito de crença e direito de culto é importante. É o caso da Constituição Política do Império do Brasil de 1824, a qual assegurava a liberdade de crença, porém vedava aos praticantes de religião não católica (considerada religião oficial do Império) que manifestassem suas crenças publicamente¹²⁰.

Além dos cultos e de seus locais, a Constituição Federal em seu artigo 5º, VI, determinou a proteção das *liturgias*. Liturgias são celebrações religiosas pré-definidas, mediante formalidades e rituais religiosos. A proteção às liturgias confere proteção reflexa aos cultos.

A Constituição Federal prevê, ainda, como direitos fundamentais diretamente estatuídos: os direitos à assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (artigo 5º, VII); a objeção de consciência por motivos religiosos (artigo 5º, VIII; artigo 143, § 1º); o ensino religioso de matrícula facultativa, em horários normais, em escolas públicas (artigo 210, § 1º); o reconhecimento do casamento religioso (226, § 2º); a proibição de o Estado estabelecer ou subvencionar religiões (artigo 19, I); e a imunidade tributária dos templos de qualquer culto (artigo 150, VI, “b”).

Todos esses direitos serão abordados no trabalho. Neste momento, cumpria-nos estabelecer conceitos gerais.

2.4. Direitos decorrentes e direitos reconhecidos por tratados internacionais

Além dos direitos expressamente e evidentemente consagrados em nossa Constituição, outros direitos podem ser considerados decorrentes destes.

Por exemplo, certamente deve ser assegurado o direito à isonomia religiosa¹²¹. Ninguém negará que todos são iguais perante a lei, sendo vedada qualquer

¹²⁰ Ver tópico referente a análise das Constituições anteriores, no item relativo à Constituição de 1824.

¹²¹ José Afonso da Silva chama de “igualdade sem distinção de credo religioso”. “... é que todos hão de ter igual tratamento nas condições de igualdade de direitos e obrigações, sem que sua religião possa ser levada em conta.” *Curso de direito constitucional positivo*. p. 229

discriminação por motivos religiosos.

Em uma análise da liberdade religiosa, também será necessário o estudo de tratados internacionais.

Analisar um elenco pormenorizado de todos os direitos decorrentes da liberdade religiosa e dos tratados internacionais relacionados à matéria não será produtivo¹²². Basta-nos reconhecer que a liberdade religiosa e suas vertentes expressamente consagradas são “mandamentos de otimização”, ou seja devem ter a maior eficácia, dentro das condições jurídicas e fáticas que se apresentarem no caso concreto.

2.5. O conceito da liberdade religiosa

A liberdade religiosa é o direito fundamental que tutela a crença, o culto e as demais atividades religiosas, dos indivíduos e das organizações religiosas, e consagra neutralidade estatal.

O conceito proposto é suficiente para uma correta percepção da liberdade religiosa como direito fundamental, no ordenamento jurídico brasileiro. E, bem entendido, abará também os institutos-garantia da liberdade religiosa.

A imunidade tributária será, assim, uma garantia da liberdade das organizações religiosas. A assistência religiosa, o ensino religioso, o reconhecimento do casamento religioso e a “colaboração de interesse público” deverão ser compreendidos dentro do fenômeno da neutralidade estatal. A objeção de consciência por motivos religiosos estará inserida dentro da liberdade de crença, a ser assegurada aos indivíduos.

A principal objeção ao conceito proposto será a inclusão da neutralidade estatal dentro do conceito de liberdade religiosa. Tradicionalmente, a neutralidade seria considerada uma garantia, não um direito fundamental. Porém, em nosso já realizado apanhado histórico, concluímos que somente com a neutralidade, a tolerância religiosa passou a ser liberdade religiosa, no sentido moderno. Por esse motivo, entendemos válida a nossa orientação.

Em nosso conceito de religião, abrangemos todas as manifestações de

¹²² Jayme Weigartner Neto enumera mais de 80 (oitenta) direitos decorrentes da liberdade religiosa (*Liberdade religiosa na constituição*, p. 72 a 77). Não faremos assim, por considerar que os direitos fundamentais são “mandamentos de otimização”. Dessa forma, a pretensão de estabelecer um rol exaustivo seria inalcançável e, talvez, inútil.

crença no sobrenatural. Nesse ponto, lembramos que essas crenças não possuem qualquer base científica. Não existem evidências, uniformemente reconhecidas, que possam sustentar os dogmas religiosos mais importantes (imortalidade da alma, ressurreição de Cristo, possibilidade de comunicação com mortos, nirvana, etc.). Assim, a liberdade religiosa, por definição, tutela crenças em supostas *verdades* sem qualquer evidência científica.

Nessa ótica, em conceito menos conciso, mas de significado expressivo, *a liberdade religiosa é o direito fundamental que tutela a crença, culto e demais atividades, realizadas pelos indivíduos e pelas organizações religiosas, relacionadas a algo ou alguém de existência ou significado sobrenatural e cientificamente não comprovado, além de consagrar a neutralidade estatal.*

2.6. A finalidade da liberdade religiosa

Todo direito fundamental tem como objetivo a proteção do Homem, considerado individualmente ou coletivamente. É proteção conferida contra o Estado e contra os particulares. Tutela gerações presentes e futuras¹²³.

O direito à liberdade religiosa visa a proteger as opções religiosas, de modo a repelir pressões às opções e manifestações de fé¹²⁴ ou de descrença em uma ou todas as religiões. Por outro lado, visa a permitir o amplo e pacífico debate entre as religiões, na eventual divulgação de sua fé.

Em interessante artigo, Jane Rutherford, ensina que uma das finalidades mais relevantes da liberdade religiosa é a limitação do poder. A religião é, sem dúvida, uma importante fonte de poder político. Assim, ao permitir a liberdade religiosa e a diversidade das organizações religiosas, a Constituição acaba por incentivar a desconcentração do poder político¹²⁵. Por outro lado, se houvesse uma religião oficial, o poder político decorrente da religião estaria perigosamente concentrado.

¹²³ Como no caso do direito ambiental, onde se diz do princípio da “solidariedade entre as gerações.”

¹²⁴ “O direito à liberdade religiosa visa a proteger o *forum internum*, de modo a impedir qualquer pressão, direta ou indireta, explícita ou implícita, às opções de fé.”. Jayme Weingartner Neto. *Liberdade religiosa na constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007. p. 113.

¹²⁵ Cf. *Religion, rationality, and special treatment*. p. 332 e 334

2.7. Da titularidade da liberdade religiosa

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, assegura os direitos individuais arrolados aos “brasileiros e estrangeiros residentes no país”.

No que tange à liberdade religiosa, a interpretação não deve excluir os estrangeiros não residentes no País. A República Federativa do Brasil rege-se, em suas relações internacionais, pelo princípio da prevalência dos direitos humanos¹²⁶. E, portanto, seria contraditório excluir “a priori” os estrangeiros da proteção de seus direitos fundamentais.

Em relação às pessoas jurídicas, somente serão titulares do direito à liberdade religiosa as organizações religiosas e suas associações. As pessoas jurídicas em geral, como as empresas e as pessoas jurídicas de direito público, devem ser consideradas neutras, não podendo optar por essa ou aquela religião.

¹²⁶ “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

(...)

II - prevalência dos direitos humanos;

(...)”

3. Restrições à liberdade religiosa

Ao contrário das Constituições brasileiras anteriores, a Constituição Federal de 1988 não possibilita expressamente a restrição à liberdade religiosa pela Lei. Também não aduz que a liberdade religiosa será limitada pela ordem pública ou pelos bons costumes.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho entendeu ter havido relevante alteração na matéria, em relação à Constituição de 1967. Em suas palavras: “o texto da nova Constituição [de 1988] não repete a limitação constante do direito anterior, isto é, a possibilidade de se impedir o exercício de cultos religiosos que contrariem a ordem pública e os bons costumes. O culto religioso, assim, é posto como protegido pela Constituição independentemente de qualquer restrição.”¹²⁷ Desse entendimento divergiram Celso Bastos¹²⁸ e José Cretella Júnior¹²⁹, para os quais a liberdade religiosa sempre poderia sofrer limitações da ordem pública, em que pese a redação da Constituição de 1988 não ter sido explícita nesse sentido. Em artigo publicado em 2006, Leonardo Martins suscita novamente essa questão, lembrando que a liberdade religiosa outorgada pelo artigo 5º, VI, da Constituição não reserva expressamente ao legislador a possibilidade de restringir a liberdade religiosa¹³⁰.

Não há direitos absolutos. O fato de não haver a reserva expressa no artigo 5º, inciso VI, da Constituição não significa que a liberdade religiosa deve ser interpretada de maneira absoluta. Nesse ponto, observe-se que, no artigo 5º, inciso VIII, a Constituição estabelece como regra geral que ninguém pode eximir-se de obrigações instituídas, a não ser pela prestação de obrigações alternativas, previstas em Lei. Se não fosse pela possibilidade de se restringir direitos (estabelecendo prestações alternativas), o

¹²⁷ *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, Vol. 1, p. 33

¹²⁸ “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.” (*Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1998*. São Paulo: Saraiva, 1988-1999).

¹²⁹ “(...) sempre que o exercício do culto religioso não contrarie a ordem pública e o bom costume, será ilegal a intervenção coativa, que perturbe de qualquer maneira a prática religiosa.” (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Vol. 1, Rio de Janeiro Forense Universitária, 1997, item 123, p. 217).

¹³⁰ Cf. *Liberdade religiosa e liberdade de consciência no sistema da constituição federal*. Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, janeiro de 2008. Item 1.

inciso VIII, do artigo 5º, seria desnecessário¹³¹.

Os direitos fundamentais devem coexistir. É certo que, sendo os direitos fundamentais *mandamentos de otimização*¹³², todos se relacionam, se implicam e se sobrepõem no ordenamento jurídico. No caso concreto, há sempre colidência entre direitos fundamentais.

Para Maria Helena Diniz, no caso do que se denomina de antinomia entre princípios, há duas soluções possíveis. A primeira e preferida pelo ordenamento é a solução legislada. Embora sempre haja em tese conflito entre direitos fundamentais, cabe ao legislador disciplinar, *pro futuro*, as relações sociais, conferindo um mínimo de segurança jurídica¹³³. Nesse mesmo sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que, em um Estado de Direito, cabe ao legislador a *densificação* de princípios constitucionais¹³⁴.

Ainda que a solução legislada não seja a estudada normalmente nos estudos sobre liberdade religiosa, entendemos que ela não pode ser simplesmente descartada¹³⁵. Porém, é evidente que a solução legislada deverá se pautar pela obediência

¹³¹ Nesse ponto, interessante a observação de Leonardo Martins: “O artigo 5º VI e VIII CF garante a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença. No inciso VI, encontra-se a outorga clássica, a liberdade como *status negativus*, que entretanto, foi complementada pelo inciso VIII. Este fixa um dos efeitos mais importantes do direito fundamental previsto no inciso VI. Ele determina que ‘ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política.’ Logo após, insere uma ressalva ou reserva legal por meio de uma sentença ‘salvo se as invocar para eximir-se de uma obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, *fixada em lei*’ (grifo nosso). O inciso VIII seria absolutamente supérfluo, não fosse a ressalva apontada, pois dizer que a liberdade de consciência e de crença é inviolável significa o mesmo que dizer que qualquer de seus exercícios não poderia ter como consequência a privação de direitos! Se há privação de direitos na hipótese descrita na norma, está-se diante de uma limitação constitucional”. *Liberdade religiosa e liberdade de consciência no sistema da constituição federal*. Item 1.

¹³² Ao menos os direitos de liberdade, como o direito à liberdade religiosa, é um mandamento de otimização. Não pretendemos nos posicionar a respeito da estrutura de todos os direitos fundamentais garantidos pela Constituição de 1988.

¹³³ “O juiz resolve não o conflito normativo no âmbito das normas gerais. O juiz resolve não o conflito entre normas, mas o caso concreto submetido a sua apreciação, mediante ato de vontade que o faz optar pela aplicação de uma das disposições normativas. Só o legislador é que poderia eliminá-lo.” *Curso de direito civil brasileiro. Teoria geral do direito civil*. Volume 1, 24ª edição, 2007, p. 93

¹³⁴ Cf. Curso de direito constitucional. p. 395 e 396

¹³⁵ Cf. Leonardo Martins. *Liberdade religiosa e liberdade de consciência no sistema da constituição*

à proporcionalidade, sob pena de ser considerada inconstitucional.

Em relação a regulamentação (e, portanto, restrição) da liberdade religiosas e sua constitucionalidade, entendemos possível a aplicação do *Lemon test*. Em *Lemon v. Kurtzman*¹³⁶, seguindo a opinião do *Chief Justice* Burger, a Suprema Corte dos Estados Unidos utilizou três critérios para a verificação da constitucionalidade de uma lei que afete direta ou indiretamente a liberdade religiosa. Não será inconstitucional a lei que, cumulativamente: (i) tenha propósito secular; (ii) seu principal ou primário efeito nem estimula ou inibe a religião; e (iii) não se cria um embaraço excessivo ao exercício da religião.

A outra solução, também possível, é a solução pelo juiz, pelos critérios da ponderação entre os direitos fundamentais. É a aplicação da regra da proibição do *non liquet*, segundo o qual o juiz não pode deixar de decidir, ainda que considere inexistente regra legislada a ser aplicada.

Essas últimas são as mais importantes, pois são as relacionadas aos casos de mais difícil solução.

No Brasil, ao contrário de países como a Espanha, o México e a Argentina não há legislação a respeito do exercício da liberdade religiosa. Por esse motivo, praticamente todas as questões de difícil resolução deverão ser solucionadas pela doutrina e pela jurisprudência.

federal. Item 6: “Em persistindo dúvidas, busca-se o prognóstico do legislador infraconstitucional (regulamentação prévia do conflito) se houver ou então e só então (!), em caso negativo, ambas as soluções judiciais poderiam ser consideradas corretas do ponto de vista jurídico-dogmático e por isso restarem fundamentadas constitucionalmente.”

¹³⁶ Suprema Corte dos Estados Unidos. *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971); 403 U.S. 602; *Lemon Et Al. V. Kurtzman*, Superintendent Of Public Instruction Of Pennsylvania, et al. Appeal from the United States District Court For The Eastern District Of Pennsylvania No. 89. Argued March 3, 1971; Decided June 28, 1971. Os critérios elencados no *Lemon test* são interessantes e entendemos aplicável a todos os casos que envolvam restrição a liberdade religiosa. Lembramos, porém, que o caso tratava da possibilidade de subvenção pública a escolas privadas em sua maioria católicas. No Brasil, o critério envolveria a análise da “colaboração de interesse público”, prevista na Constituição Federal.

4. Aspectos da liberdade religiosa

4.1. Algumas classificações doutrinárias

A partir deste momento, nos aprofundaremos no estudo dogmático da liberdade religiosa. Para maior sistematização da matéria, será necessário classificar os direitos fundamentais da liberdade religiosa em categorias.

Para José Afonso da Silva a liberdade religiosa compreende 3 (três) *liberdades*: (i) a liberdade de crença; (ii) a liberdade de culto; e (iii) a liberdade de organização religiosa¹³⁷. A *liberdade de crença* teria conotação interior ou espiritual e, no máximo, protegeria o homem na sua profissão de fé no interior de sua residência, nos chamados *cultos domésticos*. A *liberdade de culto* protegeria o homem na prática pública da religião; é a proteção à exteriorização da fé¹³⁸. A *liberdade de organização religiosa* é o aspecto da liberdade religiosa que diz respeito à possibilidade de instituição de “igrejas ou denominações”; ou melhor dizendo juridicamente: a possibilidade de instituições de pessoas jurídicas com finalidades religiosas¹³⁹.

Aldir Guedes Soriano escreve sobre 4 (quatro) *vertentes* da liberdade religiosa (*lato sensu*): (i) liberdade de consciência; (ii) liberdade de crença, liberdade de religião ou liberdade religiosa *stricto sensu*; (iii) liberdade de culto; (iv) liberdade de organização religiosa. A *liberdade de consciência* compreenderia o direito de crer e de não crer em determinada religião. A *liberdade de crença*, de *religião* ou *liberdade religiosa stricto sensu* compreenderia a possibilidade de escolha de uma religião e a possibilidade de mudar de religião. A *liberdade de culto* é a que protege a manifestação exterior da crença. A *liberdade de organização religiosa* é a que decorre do Estado laico¹⁴⁰.

Maria Claudia Buchianeri Pinheiro, em dissertação sobre o tema, afirma que há três dimensões da liberdade religiosa. Há a dimensão “subjettiva ou

¹³⁷ Cf. José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. p.252

¹³⁸ Cf. José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. p.252

¹³⁹ Cf. José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. p.253

¹⁴⁰ Cf. *A liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2002, p. 11.

pessoal” que abrange o direito do indivíduo; a dimensão coletiva, que se refere ao direito ao culto público, ao proselitismo religioso e à possibilidade de divulgação das idéias religiosas; e, por fim, há a dimensão institucional que abrange a liberdade de organização religiosa, a organização de cultos e liturgias, bem como a possibilidade de arrecadação de recursos, para a consecução de seus fins¹⁴¹.

Ao analisar o que denomina “Catálogo de Posições Jusfundamentais (CPJ)”, Jayme Weingartner Neto indica duas *dimensões* possíveis da liberdade religiosa. Há a dimensão do *direito subjetivo individual* e a dimensão do *vetor objetivo*. A primeira dimensão (*direito subjetivo individual*) refere-se à liberdade religiosa e mecanismos de proteção sob a perspectiva individual: a liberdade de ter ou não ter religião, a liberdade de exercer culto, a escusa de consciência, entre outros. A segunda dimensão diz respeito a garantias institucionais ou estatais, tais como: a separação da igreja do Estado; a obrigatoriedade de o Estado prestar ou tolerar assistência religiosa, nas entidades civis e militares; as limitações constitucionais ao poder de tributar, entre outras¹⁴².

4.2. A nossa visão sobre o tema

Ao considerarmos que o direito à liberdade religiosa tem estrutura de princípio, podemos afirmar que a liberdade religiosa deve ser realizada em sua máxima abrangência e potência. Por esse motivo, afirmamos que todas as questões que se incluam no universo religioso serão “prima facie” protegidas pelo direito fundamental à liberdade religiosa.

Por esse motivo, poderia parecer inútil tratar dos “aspectos da liberdade religiosa”, em nosso trabalho. Bastariam somente considerações abrangentes a respeito de um conceito também abrangente de religião. Todos os casos seriam resolvidos pelo critério da ponderação.

Não pensamos assim. Embora não rejeitemos a teoria proposta por Alexy, entendemos importante considerar alguns aspectos do direito fundamental analisado que, *necessariamente*, estarão presentes no debate acerca da liberdade religiosa.

Não tentaremos relacionar minuciosamente todos os aspectos possíveis

¹⁴¹ Cf. *A separação estado-igreja e a tutela dos direitos fundamentais de liberdade religiosa no Brasil*. Faculdade de Direito da USP, Dissertação de Mestrado, 2007, p. 14/15

¹⁴² Cf. *Liberdade religiosa na constituição*. p. 72 a 77

do direito à liberdade religiosa. Por outro lado, em uma análise casuísta, estabeleceremos proposta de solução para os casos concretos difíceis.

Em nossa análise da Constituição, há aspectos necessários da análise do instituto, aos quais faremos a menção devida¹⁴³.

Ao falarmos sobre os seus “aspectos”, nos referiremos às liberdades e a sua proteção, aos institutos e às consequências relacionadas à liberdade religiosa na Constituição de 1988¹⁴⁴.

Para a maior sistematicidade da matéria, preferimos encarar os diversos aspectos da liberdade religiosa em relativas (i) aos indivíduos; (ii) às organizações religiosas; e (iii) ao Estado.

Assim, encararemos o problema proposto por três ângulos distintos: o individual, o coletivo e o institucional-estatal. Há aspectos e problemas distintos relacionados a essas três manifestações da liberdade religiosa.

A liberdade religiosa como um direito subjetivo fundamental visa, é certo, proteger a pessoa humana. Por esse ângulo, podemos visualizar o *aspecto individual* da liberdade religiosa.

Porém, é certo que a Constituição garante certos instrumentos institucionais que visam proteger a liberdade religiosa. É o princípio da laicidade, da separação igreja-estado, imunidades tributárias, etc.

Normalmente, um estudo sobre a liberdade religiosa se restringe ao primeiro aspecto (direito individual) ou os dois primeiros (direito individual e garantia Estatal).

Porém, há alguns aspectos da liberdade religiosa que se manifestam somente, ou preponderantemente, sob o aspecto coletivo, por meio das organizações religiosas. É o caso, por exemplo, do direito ao proselitismo, da livre organização religiosa, do financiamento da organização, de relações trabalhistas específicas ou mesmo de imunidades tributárias. Esse último tema (imunidades tributárias) é sempre relacionado

¹⁴³ Não falamos em “conteúdo mínimo” dos direitos fundamentais. Os que assim defendem entendem pela impossibilidade absoluta de restrição.

¹⁴⁴ Em sentido semelhante ao que chamamos de “aspectos”, há quem os denomine de “liberdades” somente; outros que se referem a “posições jusfundamentais”.

aos limites constitucionais impostos ao Estado; porém não se nega que somente haverá aplicabilidade prática no âmbito das organizações religiosas.

Não se desconhece que os direitos humanos e suas garantias visam proteger o indivíduo, enquanto sujeito de direitos portador de dignidade própria¹⁴⁵. Por esse motivo, também os aspectos relacionados ao Estado e às organizações religiosas são ligados aos indivíduos. É a pessoa humana, em última análise, a titular dos direitos humanos e a finalidade precípua de sua proteção. Todos os temas aqui desenvolvidos têm íntima relação de interdependência. A distinção serve para a melhor sistematização da idéia.

¹⁴⁵ “Resulta duvidoso se deve reconhecer-se a titularidade dos direitos humanos a sociedades ou associações civis, comerciais, grêmios ou associações políticas. Há quem tem entendido que por estar integrada por pessoas, os entes coletivos, na medida em que são lhes admitidas a titularidade de certos direitos análogos aos daquelas, poderão ser reconhecidos como direitos humanos. Sem deixar de reconhecer que essa doutrina parece inspirada na intenção de dar maior cobertura possível ao ser humano nas suas múltiplas atividades dentro da sociedade; e também de um direito do homem de associar-se livremente com fins lícitos, mas tampouco pode ignorar-se que a leitura dos instrumentos existentes em matéria de direitos humanos parecem indicar com clareza que os catálogos estão referindo-se a homens, e inclusive no mais importante de todos se indica claramente o sujeito ativo dizendo ‘Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo o ser humano’. Gordo Guillermo A. *Algunas cuestiones vinculadas con La interpretación en materia de derechos humanos*. p. V 11. Refere-se o autor à Declaração Americana de Direitos Humanos.

V. LIBERDADE RELIGIOSA E SUAS RELAÇÕES COM ALGUNS OUTROS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E COM O DIREITO PRIVADO E PENAL

1. A liberdade, liberdade de consciência¹⁴⁶ e a livre expressão do pensamento

1.1. Considerações gerais

O conceito de liberdade é tema freqüente e controverso, em estudos em todas as áreas das ciências humanas. Jean-Jaques Rousseau afirmava que “o homem nasceu livre¹⁴⁷”. Ronald Dworkin ensina que o direito à liberdade é popular. Para Dworkin, “a retórica da liberdade alimenta todos os movimentos radicais, desde guerras internacionais de libertação às campanhas em prol da liberdade sexual e da libertação das mulheres.¹⁴⁸”

Em termos jurídicos, propomos uma definição singela: a liberdade corresponde ao direito, *prima facie* garantido, de fazer o que se quer.

Não há exata fronteira da liberdade. Nosso ordenamento garante a liberdade, de forma ampla, mas não absoluta. O exercício concreto da liberdade encontra-se restrito por outros princípios constitucionais e por regras impostas pelo ordenamento jurídico.

O direito à liberdade religiosa não é exclusivamente um direito de liberdade; uma vez que impõe também respeito a outros mandamentos constitucionais, como o tratamento isonômico. Também possui garantias institucionais próprias, como a imunidade tributária, a objeção de consciência e a assistência religiosa.

A liberdade de expressão do pensamento (ou simplesmente liberdade de expressão) é intrinsecamente ligada à liberdade religiosa, em muitos aspectos fundamentais. A liberdade de expressão é, ao nosso juízo, o direito fundamental

¹⁴⁶ Em tópico anterior, já nos manifestamos a respeito da liberdade de consciência. Nesse ponto, importamos a relação entre a liberdade de consciência e a liberdade religiosa.

¹⁴⁷ *Do contrato social ou princípios do direito político*. Tradução Pietro Nassetti. Martin Claret, 2003, p. 23

¹⁴⁸ *Levando os direitos à sério*. Tradução Nelson Boeira. Martins Fontes. 2002, p. 419

individualmente considerado mais importante para o regime político democrático.

A liberdade de expressão encontra-se expressa no texto constitucional no artigo 5º, IV, que impõe: “livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato.”

A liberdade da expressão tutela juridicamente a opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamento, sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa¹⁴⁹.

Não podemos dizer que a liberdade de expressão, liberdade de consciência e liberdade em geral se confundem. Todos e cada um desses direitos fundamentais encontram-se garantidos separadamente na Constituição¹⁵⁰ e possuem algumas particularidades que os especificam. No entanto, há também muitos pontos de contato entre esses direitos fundamentais de liberdade. Na aplicação concreta do ordenamento jurídico para a solução de um caso, o mesmo fato pode ser considerado como tutelado pela liberdade geral, pela liberdade de consciência e também pela liberdade de expressão.

Exemplificamos: a elaboração de uma publicação de uma opinião qualquer estará garantida pela liberdade em geral. O conteúdo da opinião será protegido pela liberdade de consciência. A manifestação da opinião, por publicação, estará garantida pela liberdade de expressão. E não será errôneo afirmar que todas as etapas do mesmo fato, ainda que considerados separadamente, estarão protegidos por todos os direitos fundamentais considerados.

Para que a publicação seja considerada como afrontosa ao ordenamento jurídico, o intérprete terá que argumentar favoravelmente à restrição de, pelo menos, esses 3 (três) direitos fundamentais (liberdade em geral, liberdade de consciência e liberdade de expressão). Assim, a tarefa será mais complicada do que afastar apenas a proteção da liberdade em geral.

Por esse motivo, a especialização das liberdades estatuída pelo Poder Constituinte Originário possui uma significação importante. Todas as liberdades devem ser consideradas, no caso de restrição à de determinada publicação do editorial, por

¹⁴⁹ Cf. Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco. *Curso de direito constitucional*. p. 361

¹⁵⁰ E não podemos afirmar que há palavras inúteis na Constituição. Nesse sentido, Leonardo Martins. *Liberdade religiosa e liberdade de consciência no sistema da constituição federal*. Item 1.

exemplo.

Nesse mesmo sentido, pode-se entender que a imunidade parlamentar em seu sentido material, consagrada na Constituição Federal, pode ser entendida como *reforço* da liberdade de expressão, imposto em razão das relevantes atividades exercidas pelo parlamentar.

Todos possuem liberdade de expressão. Porém, os Deputados e Senadores possuem uma liberdade de expressão qualificada, uma vez que “são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.”¹⁵¹. Aqueles que não são parlamentares possuem liberdade de expressão; porém, no caso de abusarem desse direito, podem sofrer punições no âmbito penal, administrativo e cível.

Nesse sentido, também o Supremo Tribunal Federal já se referiu à imunidade parlamentar em sentido material como “ampla liberdade de expressão, típica da atividade parlamentar.”¹⁵²

Nesse contexto, qual seria o lugar da liberdade religiosa?

Em alguns dos seus aspectos, especialmente nos direitos fundamentais das liberdades de crença e de culto, há íntima ligação com a questão da liberdade de expressão. Denominaremos esses aspectos de liberdade de expressão em matéria religiosa.

A expressão em matéria religiosa estará protegida por pelo menos quatro liberdades constitucionalmente asseguradas: liberdade em geral; liberdade de consciência; liberdade de expressão e liberdade religiosa.

Dessa forma, entendemos correto dizer que a liberdade de expressão em matéria religiosa encontra-se amparada de forma mais argumentativamente forte do que a liberdade de expressão em geral. A liberdade de expressão em matéria religiosa não é somente uma especialização da liberdade de expressão, mas um espaço adicional conferido pela Constituição aos assuntos religiosos.

Sendo expressão religiosa realizada por meios de comunicação social, à expressão religiosa também será aplicável a liberdade ampla e a vedação da censura,

¹⁵¹ Artigo 53, “caput”, da Constituição Federal

¹⁵² STF, Pleno, IQ 2297/DF, Rel. Min. Carmen Lucia, DJ 19/10/2007

conferida pelo artigo 220 e seu § 2º, da Constituição Federal¹⁵³.

Isso não quer dizer que a liberdade de expressão em matéria religiosa seja absoluta, pois, sem dúvida, admite ponderação com outros princípios constitucionais. Também não pode ser considerada tão poderosa quanto uma imunidade parlamentar em sentido material, pois, neste caso, a Constituição Federal garantiu à expressão das opiniões parlamentares a inviolabilidade, civil e penal, de forma amplíssima.

Porém, sem dúvida, a existência do aspecto religioso, em princípio, imune à valoração estatal, deve ser considerada no caso concreto, a sugerir uma interpretação favorável à prevalência da liberdade.

A liberdade de imprensa também é uma liberdade de expressão qualificada. Por esse motivo, entendemos legítimo o estabelecimento de uma analogia.

Em análise de casos relacionados à liberdade de imprensa, o Supremo Tribunal Federal, ao reconhecer a sua importância, no regime democrático, afastou inclusive a regulamentação legal existente sobre a matéria¹⁵⁴. O Tribunal afastou até mesmo a exigência, prevista em lei, do diploma de jornalista, para o profissional de imprensa¹⁵⁵, contrariamente ao que poderia ser vislumbrado por uma interpretação gramatical do artigo 5º, XIII, da Constituição¹⁵⁶.

Nesse sentido, ponderou Carlos Ayres Britto: “tudo na liberdade de imprensa é particularíssimo, para não dizer único. Incomparável, portanto. O regime jurídico da liberdade de imprensa é exclusivo, não há como fazer a menor comparação com qualquer outra matéria tratada na Constituição.” E prossegue: “a Constituição consagrou por modo absoluto a liberdade de imprensa.”¹⁵⁷

Ao contrário de Carlos Britto, não concordamos que a liberdade de

¹⁵³ Art. 220. 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.”

¹⁵⁴ STF, Pleno, MCADPF, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 07/11/2008

¹⁵⁵ STF, Pleno, RE nº 511.961-1/SP, DJ 17/06/2009

¹⁵⁶ “XIII. É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.”

¹⁵⁷ STF, Pleno, RE nº 511.961-1/SP, DJ 17/06/2009

imprensa é absoluta. Até porque a própria Constituição assegura o direito de resposta e indenização (artigo 5º, V)¹⁵⁸. Ora, se há previsão de consequência negativa – indenização, a ser paga pelo veículo de comunicação – é evidente que não se trata de uma liberdade absoluta. Assim, a liberdade de imprensa acaba por ser menos ampla do que a liberdade advinda da imunidade parlamentar, que exclui expressamente a indenização civil.

Porém, concordamos que a liberdade de imprensa é argumentativamente mais poderosa do que a simples liberdade de expressão em geral. O motivo é a sua inegável importância para a manutenção e aprimoramento do regime democrático.

Há outro caso a ser analisado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. É um caso relacionado à liberdade de expressão artística. De acordo com o relatório, um artista (Gerald Thomas), após ser vaiado pelo público, teria simulado masturbação e aberto as nádegas para os espectadores. A denúncia ocorreu por ato obsceno (artigo 233 do Código Penal). Gilmar Mendes, em seu voto condutor, considerou que o ato fora realizado dentro do contexto teatral; assim o ato estaria protegido pela liberdade de expressão, ainda que inadequada e deseducada¹⁵⁹.

Afirmamos que a liberdade religiosa não é apenas especialização da liberdade em geral, da liberdade de consciência e de expressão. É correto afirmar que, especificamente o direito de expressão religiosa merece proteção mais ampla, pois o conteúdo religioso está, à primeira vista, imune ao poder estatal.

A liberdade de expressão religiosa, porém, não é absoluta. Em cada caso concreto, há necessidade de ponderação dos direitos fundamentais envolvidos.

Nesse ponto, será interessante analisar o precedente mais importante do Supremo Tribunal Federal, que decidiu pela restrição da liberdade de expressão e de imprensa: o caso *Ellwanger*.

1.2. O caso *Ellwanger*

A respeito do assunto da liberdade de expressão, o Supremo Tribunal

¹⁵⁸ E mais, no artigo 220, § 1º, da Constituição, há a consagração da plena liberdade de informação jornalística, mas desde que observado o disposto no artigo 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

¹⁵⁹ STF, 2ª Turma, HC 83.996-7/RJ, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 17/08/2004. Houve empate na votação.

Federal, em acórdão paradigmático, se manifestou no conhecido caso Siegfried Ellwanger¹⁶⁰.

Siegfried Ellwanger, escritor e proprietário da editora “Revisão Editora Ltda.”, publicou obras como “Holocausto Judeu ou Alemão – nos bastidores da mentira do século”, o Judeu Internacional (de Henry Ford), “Os conquistadores do mundo – os verdadeiros criminosos de guerra” (de Louis Marschalko), nas quais, segundo a denúncia, são abordadas e sustentadas mensagens anti-semitas e discriminatórias.

Diante disso, Ellwanger foi condenado como incurso no crime de preconceito, nos termos do artigo 20, “caput”, da Lei nº 7.716/89.

Nos termos do voto do Relator Ministro Moreira Alves, a impetração não se insurgiu contra a condenação no crime de preconceito. Apenas, sustentou que o preconceito contra judeus não caracterizaria racismo, para fins de se considerar o delito imprescritível¹⁶¹.

Nesses termos, para o Ministro Moreira Alves, o conceito de racismo não abrangeria toda forma de preconceito e discriminação. E conclui: “Não sendo, pois, os judeus uma raça, não se pode qualificar o crime por discriminação pelo qual foi condenado o ora paciente [*Ellwanger*] como delito de racismo e, assim, imprescritível a pretensão punitiva do Estado.” Na sua confirmação de voto, o Ministro Moreira Alves afirma: “a discriminação é gênero, sendo o racismo uma espécie agravada de discriminação.”

Porém, não foi esse o entendimento que prevaleceu no Supremo Tribunal Federal. Nos termos do voto do Ministro Maurício Correa, cientificamente não há raças. Então, a interpretação estrita do Ministro Moreira Alves simplesmente impediria a aplicação do disposto no artigo 5º, XLII, da Constituição Federal¹⁶². “O vocábulo raça

¹⁶⁰ STF, Pleno, HC 82.424/RS, Rel. Min. Moreira Alves, Rel. p/ acórdão Min. Maurício Correa, DJ 19/03/2003

¹⁶¹ Nas palavras do Relator, Min. Moreira Alves: “Assim, a questão que se coloca neste ‘habeas corpus’ é a de se determinar o sentido e o alcance da expressão ‘racismo’, cuja prática constitui crime imprescritível, por força do disposto nesse preceito constitucional, uma vez que a legislação infraconstitucional relativa aos crimes de preconceito e discriminação não os declara imprescritíveis.”

¹⁶² “Artigo 5º. (...)”

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei”;

ou racismo não são suficientes, por si só, para determinar o alcance da norma.” O problema, então, não residiria na existência de raças, mas da construção social, no sentido que se dá ao termo. No mesmo sentido, Gilmar Mendes afirmou que “do ponto de vista estritamente histórico, não há como se negar o caráter racista do anti-semitismo.” Nelson Jobim afirma que, se não há raças, uma interpretação estrita do termo racismo levaria a inaplicabilidade do texto constitucional¹⁶³. Cezar Peluso afirma que a Constituição não adotou critérios extrajurídicos de racismo e de raça, mas formulou um conceito normativo próprio. No mesmo sentido, também o entendimento de Ellen Gracie.

Em nossa opinião, essas considerações bastariam para se resolver o caso. Embora não existam raças, o crime de preconceito contra os judeus deve ser considerado racismo, para fins da imprescritibilidade inserta no artigo 5º, XLII, da Constituição Federal¹⁶⁴.

Porém, essas considerações não bastaram aos integrantes da Corte Suprema. Da mesma forma que em outros julgados da tradição recente do Supremo Tribunal Federal, muitas foram as considerações *obiter dicta*; e estas acabam por interessar mais ao tema do que o que, de fato restou decidido.

E, nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal acabou por decidir que a vedação do racismo é limite objetivo à liberdade de expressão.

O Ministro Celso de Mello afirma que “nem se diga, finalmente, que a incitação ao ódio público contra o povo judeu estaria protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão.” Afirma, ainda, que “a prerrogativa concernente à manifestação do pensamento, por mais abrangente que deva ser o seu campo de incidência, não constitui meio que possa legitimar a exteriorização de propósitos criminosos, especialmente quando as expressões de ódio racial – veiculadas com evidente superação dos limites da crítica política ou da opinião histórica – transgride, de modo inaceitável, valores tutelados pela própria ordem constitucional.” Gilmar

¹⁶³ “Ora, se partirmos desse pressuposto como verdadeiro, o dispositivo da Constituição é inútil. A conclusão necessária é esta: não havendo raça, logo, não haverá prática de racismo e não havendo isso, sendo impossível essa prática de racismo, porque não há sujeito da prática, as raças não existem, não teríamos aplicabilidade do texto.”

¹⁶⁴ Os ministros, porém, quiseram enfrentar fundamentos não constantes na impetração. A esse procedimento, Sepúlveda Pertence chamou de “habeas corpus de ofício, às avessas.” Isso porque o Tribunal indeferiu de ofício fundamentos não explicitados na impetração.

Mendes condena o que chama de discurso do ódio (*hate speech*). Porém, o enquadramento típico de condutas discriminatórias como o racismo deve ser feito com base em um juízo de proporcionalidade, em razão da tensão dialética existente com o direito à liberdade de expressão. Afirmar que a liberdade de expressão não se afigura absoluta¹⁶⁵. Carlos Velloso afirmou que “a liberdade de expressão não pode sobrepor-se à dignidade humana, fundamento da República e do Estado Democrático de Direito que adotamos (...)”.

Em que pese o fato de o Supremo Tribunal Federal ter, *obter dictum*, reconhecido que a liberdade de expressão poderia sofrer restrições no caso Ellwanger, também são dignas de nota as considerações dos votos-vencidos.

Carlos Britto reconheceu estar diante de uma “contraposição de princípios jurídicos”. Reconheceu a atipicidade do fato, em razão de as condutas descritas na denúncia serem anteriores à Lei 7.716/89. No mérito da impetração, Carlos Britto reconheceu que há três excludentes de abusividade da liberdade de manifestação do pensamento: crença religiosa, convicção filosófica ou convicção política¹⁶⁶. Neste pensamento, Carlos Britto foi acompanhado por Sepúlveda Pertence, que, no entanto, indeferiu o habeas corpus¹⁶⁷. No caso concreto, entendeu Carlos Britto que as obras escritas e divulgadas por Siegfried Ellwanger eram de caráter científico, de revisionismo

¹⁶⁵ “É certo, portanto, que a liberdade de expressão não se afigura absoluta em nosso texto constitucional. Ela encontra limites, também no que diz respeito às manifestações de conteúdo discriminatório ou de conteúdo racista. Trata-se, como já assinalado, de uma elementar exigência do próprio sistema democrático, que pressupõe a igualdade e tolerância entre os diversos grupos.”

¹⁶⁶ “Três comportamentos, todavia, são especialmente normados como excludentes da abusividade. Comportamentos ditados por imperativos de consciência e que são, pela ordem com que a Lei Maior a eles se referiu: a crença religiosa, a convicção filosófica e a convicção política. Matéria que também faz parte da altissonante *nominata* dos direitos e garantias individuais, a saber: ‘ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção política ou filosófica, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação social alternativa, fixada em lei’ (inciso VIII do art. 5º.) Logo, de fora a parte essa ressalva que se lê na parte final do dispositivo, a liberdade de expressão ganha um decidido reforço constitucional. Desde que utilizada, evidente, numa das três explicitadas esferas da mais íntima subjetividade humana: a crença religiosa, a convicção filosófica ou cosmovisão política.

¹⁶⁷ Sepúlveda Pertence concordou com a existência dessas imunidades: “(...) ao assegurar a liberdade de expressão do pensamento e vedar a censura, a Constituição não prodigalizou imunidades, salvo o que S. Exa. chamou de ‘excludentes de abusividade’ a manifestação de crença religiosa, convicção filosófica ou política.”

histórico e, portanto, estavam acobertadas pela liberdade de manifestação do pensamento. Marco Aurélio afirma que a liberdade de expressão não garante apenas a apologia a idéias dominantes, politicamente corretas ou oficiais. E prossegue: “A única restrição possível à liberdade de manifestação do pensamento, de modo justificado, é quanto à forma de expressão, ou seja, à maneira como esse pensamento é difundido. Por exemplo, estaria configurado o crime de racismo se o paciente, em vez de publicar um livro no qual foram expostas suas idéias acerca da relação entre judeus e alemães na Segunda Guerra Mundial, como na espécie, distribuísse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres do tipo ‘morte aos judeus’, ‘vamos expulsar estes os judeus do País’, ‘peguem as armas e vamos exterminá-los’. Mas nada disso aconteceu no caso em julgamento”.

Embora tenha indeferido o habeas corpus, Sepulveda Pertence não entrou no mérito das publicações.

1.3. Acórdão do Tribunal Constitucional da Espanha contrário ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal no caso Ellwanger

Interessante observar que, no Tribunal Constitucional da Espanha, caso muito semelhante logrou interpretação distinta.

Em 1996, Pedro Varella Geiss, titular e diretor de uma livraria européia, publicou materiais supostamente vexatórios “para o grupo social integrado pela comunidade judaica”. Negava “a perseguição e o genocídio sofridos pelo dito povo durante o período histórico da Segunda Guerra Mundial, massacre coletivo, programada e executada pelos responsáveis da Alemanha nazista que governaram na época do III Reich.”¹⁶⁸,

Nas instâncias ordinárias, houve condenação de Pedro Geiss, como responsável pelo crime continuado de genocídio (artigo 607.2 do Código Penal Espanhol)¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Tribunal Constitucional Espanhol. Pleno, STC nº 235/2007, de 7 de novembro.

¹⁶⁹ “artigo 607. 1. Os que, com propósito de destruir total ou parcialmente um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, perpetrarem algum dos atos seguintes serão castigados.

(...)

2. A difusão por qualquer meio de idéias ou doutrinas que neguem ou justifiquem os delitos tipificados no item anterior deste artigo, ou pretendam a reabilitação de regimes ou instituições que amparem práticas geradores dos mesmos, se castigará com a pena de prisão de um a dois anos.”

O Tribunal Constitucional da Espanha reconheceu a restrição indevida da liberdade de expressão, amparada pelo artigo 20.1, a, da Constituição da Espanha.

Reconheceu o Tribunal Constitucional que a liberdade de expressão compreende a liberdade de crítica, “ainda quando a mesma seja ríspida e possa molestar, inquietar ou desgostar a quem se dirige, pois assim o impõe o pluralismo, a tolerância e o espírito de abertura, sem os quais não existe sociedade democrática. (por todas STC 174/2006, de 5 de junho, FJ 4). Por isso mesmo, temos afirmado fortemente que ‘é evidente que o resguardo da liberdade de opinião cabe em qualquer [hipótese], por equivocada ou perigosa que seja. A Constituição – tem-se dito – protege também quem a nega (STC 176/1995, de 11 de dezembro, FJ 2). É dizer, a liberdade de expressão é válida não somente para as informações ou idéias acolhidas com favor ou consideradas inofensivas ou indiferentes, mas também para aquelas que contrariam, chocam ou inquietam o Estado ou uma parte qualquer da população.’”

Concluiu o Tribunal Constitucional da Espanha que as afirmações, dúvidas ou opiniões sobre a atuação nazista sobre os judeus nos campos de concentração, por mais reprováveis que sejam, por mais que neguem a evidência histórica, estão amparadas pela liberdade de opinião.

O Tribunal Constitucional não pretendeu fazer apologia da discriminação. A liberdade de expressão encontra seu limite “nas manifestações vilipendiadoras, racistas ou humilhantes ou aquelas que incitam diretamente as ditas atitudes, constitucionalmente inaceitáveis” A restrição à liberdade de opinião é válida quando evidenciado o “deliberado ânimo de menosprezar ou discriminar pessoas ou grupos em razão de qualquer condição ou circunstância pessoal, étnica ou social.”

1.4. Nossas conclusões a respeito do tema

Pela teoria adotada, sustentamos que os direitos constitucionais consagrados como princípios possuem suporte fático amplo e são mandamentos de otimização. Porém, a Constituição somente os garante *prima facie*, sendo que apenas a análise do caso concreto pode garantir sua proteção integral, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

De início, observa-se que o artigo 607.2 do Código Penal Espanhol é muito mais específico do que o artigo no qual foi tipificada a conduta de Siegfried Ellwanger no Brasil.

Assim, também a liberdade de expressão e a liberdade de expressão religiosa, amplamente garantidas pelo texto constitucional, podem ser restritas no caso concreto. Porém, isso não significa que a proteção constitucional outorgada é irrelevante.

Pela análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito da liberdade de expressão, verifica-se que a restrição é medida excepcional.

No caso *Ellwanger*, a maioria dos ministros entendeu configurada a excepcionalidade. Porém, verifica-se, especialmente pelo voto vencido de Carlos Britto, que a mera opinião desfavorável não pode ser considerada como motivo para a restrição da liberdade de expressão. Ainda mais importante para o tema foi a consideração, presente no voto de Carlos Britto, de que a crença religiosa é *excludente da abusividade* da liberdade de expressão.

Da mesma forma, pela análise do precedente do Tribunal Constitucional da Espanha, em caso praticamente idêntico ao analisado pelo Supremo Tribunal Federal, percebe-se que há enorme receio das consequências da restrição à liberdade de expressão, de modo que se permitiu, ainda que com reservas, a negação do holocausto dos judeus durante a Segunda Guerra Mundial. Também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal manifesta, em linhas gerais, a mesma preocupação, com a restrição à liberdade de manifestação do pensamento.

Uma opinião contrária, ainda que seja considerada absurda, sem fundamento ou desarrazoada, deve ser considerada lícita. No campo religioso, então, o respeito às manifestações de opiniões diversas deve ser quase absoluto. Até porque, ao contrário do que ocorre com o holocausto judeu, não há comprovação científica ou mesmo indícios sequer da existência de um Deus ou vários deuses ou mesmo uniformidade de opiniões a respeito das ortodoxias de uma mesma religião.

Puja Kapai e Anne S. Y. Cheung, professores da Faculdade de Direito de Hong Kong, afirmam que a liberdade de expressão do discurso contrário ao sentimento religioso pode ser restrita se 1) houver intenção de incitar ódio ou violência contra alguém ou um grupo em particular; 2) for provável que a violência irá ocorrer de fato; e 3) inibir as práticas religiosas. Porém, mesmo se as três hipóteses estiverem presentes no caso concreto, a liberdade de expressão pode prevalecer em caso de interesse público, genuína expressão artística, discussão acadêmica ou “honesta crença do valor em discussão.” As crenças, mesmo religiosas, devem estar abertas às críticas. O Estado somente pode

intervir em caso de hostilidade manifesta, a ponto de impedir o livre exercício da religião atacada¹⁷⁰.

Diante disso, entendemos que a liberdade de expressão religiosa, tal como a liberdade de expressão, pode sofrer restrições no caso concreto. Porém, há necessidade de grande preocupação por parte do intérprete, em razão da enorme importância da liberdade de expressão no contexto democrático, somado ao fato de existir um aspecto religioso, em tese imune às valorações do Estado.

¹⁷⁰ Cf. *Hanging in a balance: freedom of expression and religion*. Buffalo Human Rights Review. Vol. 15, p. 77

2. O pluralismo

Pela análise do preâmbulo da Constituição Federal, verifica-se que a existência de uma sociedade pluralista é a finalidade do Estado Democrático de Direito¹⁷¹, conforme eleição realizada pelo próprio Poder Constituinte Originário.

O artigo 1º, V, da Constituição erige como fundamento da República Federativa do Brasil o “pluralismo político.”

Em expressão feliz, Carlos Britto afirma que “pluralismo político” é a “multilateralidade das concepções do negócio da polis.”¹⁷² Manoel Jorge e Silva Neto aponta o seguinte conceito “pluralismo político é o fundamento do Estado brasileiro que assegura a existência de centros coletivos dotados de multiplicidade ideológica que, rivalizando-se entre si, tentam interferir ou interferem na formação da vontade do Estado.”¹⁷³ Kathleen M. Moore afirma que pluralismo é a ideologia que impõe a inclusão e a tolerância; condição necessária para a modernidade existir¹⁷⁴.

A Constituição, assim, assegura que todas as correntes ideológicas podem participar do debate político.

O pluralismo político não se confunde com o pluripartidarismo, este previsto no artigo 17, “caput”, da Constituição¹⁷⁵.

A consagração do pluralismo político é maior que a simples idéia do respeito à diversidade de opiniões políticas e ou ideológicas. De acordo com Gilmar

¹⁷¹ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia 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.

¹⁷² STF, Tribunal Pleno, ADIMC nº 3964-4/DF, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 10/04/2008.

¹⁷³ *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris. 2008. p. 117

¹⁷⁴ Cf. *In this issue: religious pluralism and civil society: section three: minority and immigrant experience: muslims in the united states: pluralism under exceptional circumstances*. p. 117 e 118

¹⁷⁵ Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, é “um direito fundamental à diferença em todos os âmbitos e expressões da convivência humana – tanto nas escolhas de natureza política quanto nas de caráter religioso, econômico, social e cultural (...)”¹⁷⁶.

Assim, o pluralismo consagrado na Constituição Federal é protetor das minorias; afinal as minorias precisam ser protegidas, por expressarem opinião diversa das majorias. Nesse sentido, interessante voto do ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal: “No Estado Democrático de Direito, a nenhuma maioria, organizada em torno de qualquer ideário ou finalidade – por mais louvável que se mostre – é dado tirar ou restringir os direitos fundamentais dos grupos minoritários, dentre os quais estão a liberdade de se expressar, de se organizar, de denunciar, de discordar e de se fazer representar nos destinos da sociedade como um todo (...)”¹⁷⁷.

Diante disso, o intérprete de caso que envolva liberdade religiosa deve levar em consideração que a liberdade de ser diferente, por si só, é princípio consagrado na Constituição Federal. Dessa forma, eventual prática realizada por religião minoritária deve ser respeitada e considerada imune às interferências estatais. A restrição, assim, deve encontrar fundamento suficiente, considerando que a regra é a da liberdade.

¹⁷⁶ *Curso de direito constitucional*. p. 156

¹⁷⁷ STF, Tribunal Pleno, ADI nº 1.351-3/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 29/06/2007

3. Dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal, em seu artigo 1º, inciso III, erige a dignidade humana como fundamento da República Federativa do Brasil¹⁷⁸.

Por sua importância, a dignidade da pessoa humana vem merecendo muita atenção, especialmente dos juristas brasileiros.

Para Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Branco, trata-se de direito absoluto, só merecendo relativização quando em potencial conflito com a igual dignidade humana de outro indivíduo¹⁷⁹.

Em sentido diverso, porém não incompatível, Robert Alexy analisa o dispositivo da Constituição da Alemanha que afirma que “a dignidade da pessoa humana é intangível” (artigo 1º, § 1º). A dignidade da pessoa humana pode ser entendida como regra e como princípio. Como regra, sustenta que a dignidade da pessoa humana deve ser considerada prevalente sobre outros princípios constitucionais. Como princípio, a dignidade da pessoa humana pode ser satisfeita em diferentes graus, não sendo, portanto, direito absoluto¹⁸⁰.

Não adentraremos no conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse momento, importa-nos reconhecer que, sem dúvida, a dignidade da pessoa humana configura importante vetor interpretativo de outros princípios e regras constitucionais. A liberdade religiosa também deve ser considerada em face da dignidade da pessoa humana.

No que tange à autonomia privada, Roger Brownsword afirma que a dignidade da pessoa humana possui dupla função. A primeira dá força (*empowerment*) à escolha do indivíduo. A segunda aparece como limitadora da autonomia dos indivíduos

¹⁷⁸ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;”

¹⁷⁹ Curso de direito constitucional. p. 152

¹⁸⁰ *Teoría de los derechos fundamentales*. p. 105 a 109

(*restraint*)¹⁸¹. Em outras palavras, a dignidade da pessoa humana pode legitimar sua escolha, em favor da liberdade; e também pode limitar seu direito de escolha.

Como limitador do direito de escolha, pode-se citar o conhecido caso do arremesso de anões (*lancer des nains*), julgado pelo Conselho de Estado da França. No caso, havia uma “casa de entretenimento” francesa onde se contratavam anões para serem arremessados pelos clientes. Os anões, assim, haviam manifestado livremente sua vontade a favor de serem arremessados. O Conselho de Estado decidiu pela ilicitude do espetáculo, considerando-o atentatório à dignidade humana dos anões. A liberdade de trabalho e a liberdade de comércio e indústria estavam, assim, limitados pela dignidade da pessoa humana¹⁸².

No âmbito da liberdade religiosa, no entanto, a dignidade da pessoa humana é vetor favorável e não contrário à liberdade de escolha. A dignidade da pessoa humana legitima suas escolhas no âmbito da liberdade religiosa. Não há dignidade sem liberdade¹⁸³.

¹⁸¹ Cf. *Freedom of contract, human rights and human dignity*. In. Daniel Friedmann and Daphne Barak-Eres. *Human rights in private Law*. Oxford, Portland Oregon, 2003. p. 191

¹⁸² Cf. Conselho de Estado da França. 27/10/1995, Nº 136-727, Commune de Monsang-sur-Orege. No mesmo sentido, Conselho de Estado da França 27/10/1995, nº 143-578, Ville d’Aix-em-Provence.

¹⁸³ Cf. Béatrice Maurer. *Notas sobre o respeito da dignidade humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um ponto central*. Tradução Rita Dostal Zanini. In. Ingo Sarlet. *Dimensões da dignidade: ensaio de filosofia do direito e direito constitucional*. 2ª edição revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 132

4. A liberdade religiosa e conseqüências na interpretação da legislação

4.1. Considerações gerais

A Constituição, diploma normativo maior da ordem jurídica, irradia seus efeitos por todas as normas, influenciando o direito penal, processual, civil, trabalhista, tributário, etc. No caso, pretendemos traçar um panorama geral, próprio do direito constitucional, que possa auxiliar os intérpretes dos demais ramos do estudo do Direito, na eventualidade de se depararem com problemas concretos relacionados ao tema da liberdade religiosa.

Na visão majoritária na Europa, até o início do século XX, a Constituição era vista como uma Carta Política, que servia de referência entre o Estado e o cidadão. Por outro lado, a legislação infraconstitucional, especialmente o Código Civil, era um documento jurídico, que regia as relações entre os particulares¹⁸⁴. Embora se reconhecesse a supremacia da Constituição, a legislação infraconstitucional merecia o destaque principal, também em virtude do controle de constitucionalidade ainda incipiente.

A partir da segunda metade do século XX, o mundo ocidental, especialmente o europeu, assistiu à afirmação da importância do controle de constitucionalidade e a superação da idéia da lei como expressão da vontade geral. Nesse momento, a Constituição passou a ser o centro das observações dos estudiosos do direito¹⁸⁵.

Em paralelo, houve o deslocamento da idéia de supremacia do parlamento para a idéia de supremacia constitucional. Nisso, não há meio termo entre duas alternativas: “ou a Constituição é uma lei fundamental superior e não mutável pelos

¹⁸⁴ Cf. Luis Roberto Barroso. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito no Brasil*. Revista de Direito Administrativo. N. 240. Rio de Janeiro: Renovar. Abril/junho de 2005. p. 23

¹⁸⁵ Cf. Louis Favoreau. *La constitucionalización del derecho*. Rev. Derecho (Valdivia). [online]. ago. 2001, Vol. 12, No. 1 [citado 12 Mayo 2007], pp. 31-43.. Já tivemos a oportunidade de estudar o assunto: cf. Thiago Teraoka. Ação civil pública e controle de constitucionalidade: síntese doutrinária e aspectos constitucionais. p. 147 a 161. Transcrevemos o mesmo pensamento manifestado naquele estudo.

meios ordinários, ou ela é colocada no mesmo nível dos atos legislativos ordinários (...).^{186,,}

Nesse fundamento reside a idéia de supremacia da Constituição: qualquer ato normativo contrário ao conteúdo da Constituição deve ser considerado inválido.

Passou-se, também, a reconhecer que a Constituição não era somente um documento político, mas também jurídico. “As normas constitucionais, como espécies do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre as quais a imperatividade.^{187,,}

Com a afirmação da supremacia da Constituição e a imperatividade de seus comandos, todos os ramos do direito foram influenciados decisivamente. Até mesmo o direito civil, antes isolado em seus princípios, assegura ao estudo da Constituição uma posição de relevo¹⁸⁸.

É nesse sentido que se fala em *constitucionalização do direito*¹⁸⁹.

Conseqüência disso é o reconhecimento de que a Constituição, invade todos ramos do Direito, sem exceção.

“Um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma constituição extremamente *invasora, intrometida* (...) capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário, a ação dos atores políticos e as relações sociais.^{190,,} Nesse sentido, a Constituição passa a não ser somente objeto de

¹⁸⁶ Mauro Cappelletti. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. (Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves). 2ª Edição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 47 e 48. Nesse ponto, Cappelletti parafraseia Marshall, no caso *Marbury versus Madison*.

¹⁸⁷ Luis Roberto Barroso. *Eficácia e efetividade do direito à liberdade*. In. BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p 83

¹⁸⁸ Cf. Konrad Hesse. *A força normativa da constituição* (Tradução Gilmar Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p.28

¹⁸⁹ Exemplificativamente, para indicar recentes publicações brasileiras que tratam do assunto, citamos as monografias de Virgílio Afonso da Silva (*A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo, Malheiros, 2005), Daniel Sarmento (*Direitos fundamentais nas relações privadas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004) e Wilson Steinmetz (*A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. São Paulo, Malheiros, 2004).

¹⁹⁰ Riccardo Guastini. *La “constitucionalización” del ordenamento jurídico: el caso italiano*. In, Miguel Carbonell. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª edição. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 49

estudo dos constitucionalistas nem tampouco se aplica apenas às relações políticas e à limitação do poder. A *constituição invasora* passa a ser de análise obrigatória também pelos estudiosos do direito privado.

A *constituição invasora* determina a sua influência em todos os ramos do direito. Esse novo modelo influencia o ordenamento jurídico por completo, vinculando aos valores constitucionais a interpretação de todas e quaisquer regras jurídicas.

Dentro desse ponto de vista, torna-se praticamente impossível, no caso concreto, dissociar dos valores constitucionais a interpretação da legislação ordinária. Por esse motivo, ressalta Luis Prieto Sanchis “se a Constituição é uma norma da qual nascem direitos e obrigações nas mais diversas esferas de relação jurídica, seu conhecimento não pode ser cerceado à jurisdição ordinária, por mais que a existência de um Tribunal Constitucional imponha complexas e tensas formas de harmonização¹⁹¹”.

Ao reconhecer o fenômeno da constitucionalização do direito e da constituição invasora, analisaremos genericamente as conseqüências da consagração da liberdade religiosa no plano penal e cível.

4.2. O direito penal e a liberdade religiosa – hipótese de atipicidade¹⁹²

Não temos a intenção de elaborar um tratado de direito penal, nem de elaborar um estudo aprofundado sobre os elementos do crime. Assim, sem maiores considerações a respeito, assumimos a doutrina tripartida finalista do crime. Trata-se da doutrina majoritária no Brasil e é suficiente para a análise da questão.

De acordo com a teoria tripartida, o crime é o fato típico, antijurídico e culpável. Diz-se finalista, pois o elemento subjetivo do crime (dolo e culpa) se encontra inserido no fato típico.

O fato típico abrange a conduta, o resultado, o nexo de causalidade e a

¹⁹¹ *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In. Miguel Carbonell. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª edição. Madrid: Editorial Trotta, 2005. p. 128 e 129

¹⁹² Inicialmente, observamos que esta tese é de Direito Constitucional. Não nos cabe fazer ponderações muito complexas das demais áreas do Direito. Porém, para que possamos abranger o assunto que nos propusemos, faremos incursões no campo do Direito Penal. Observe-se que não raro os temas de Direito Constitucional terão aplicação prática nos demais ramos do Direito.

tipicidade¹⁹³. A ilicitude (sinônimo de antijuridicidade) revela a contrariedade da conduta ao ordenamento jurídico com um todo¹⁹⁴. A culpabilidade é juízo de reprovação que se faz sobre a conduta ilícita do agente; abrange a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude do fato e a exigibilidade da conduta diversa¹⁹⁵.

No fato típico, interessa-nos a análise da tipicidade. A tipicidade é decorrência do princípio da legalidade estrita em matéria penal, imposto pela constituição Federal¹⁹⁶. É indicadora de que a conduta é proibida pelo ordenamento jurídico. Em linhas gerais, convertem os doutrinadores no sentido de que a tipicidade é a subsunção em tese de uma conduta a uma hipótese descrita em lei como crime¹⁹⁷.

No moderno direito penal, a análise da tipicidade não está afastada dos ditames constitucionais. Assim, a tipicidade não deve ser analisada apenas sob o prisma formal-legalista, mas também sob a luz do ordenamento jurídico como um todo.

Eugenio Zaffaroni e José Henrique Pierangeli consideram a tipicidade penal a conjugação da tipicidade formal (mera adequação típica da conduta à descrição prevista na legislação penal) com a tipicidade *conglobante*¹⁹⁸. O ordenamento jurídico não pode proibir e ao mesmo tempo fomentar ou exigir determinada conduta. A perquirição da tipicidade conglobante impõe a averiguação da proibição através da indagação do alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente, mas sim *conglobada* na ordem normativa¹⁹⁹. O direito não pode permitir o boxe e impor

¹⁹³ Cf. Rogério Greco. *Curso de direito penal*. Parte geral (artigos 1º a 120 do Código Penal), vol 1, 8ª edição revista, ampliada e atualizada até 1º de janeiro de 2007. Niterói: Impetus. 2007, p. 142

¹⁹⁴ Cf. Rogério Greco. *Curso de direito penal*. Parte geral, vol 1, p. 143

¹⁹⁵ Cf. Rogério Greco. *Curso de direito penal*. Parte geral, vol 1, p. 144

¹⁹⁶ “Art. 5º (...) XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”

¹⁹⁷ “Conceito de tipicidade: é a subsunção, justaposição, enquadramento, amoldamento ou integral correspondência de uma conduta praticada no mundo real ao modelo descritivo constante da lei (tipo legal)” (Fernando Capez. *Curso de direito penal*. Parte Geral (arts. 1º a 120). Vol. 1, 11ª edição, revista e atualizada de acordo com a Lei nº 11.343/2006 (nova lei de drogas). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 188. “Tipicidade quer dizer, assim, a subsunção perfeita da conduta praticada pelo agente ao modelo abstrato previsto na lei penal (...)” (Rogério Greco. *Curso de direito penal*. Parte Geral. Vol. 1, p. 156

¹⁹⁸ Cf. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. Volume 1. 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 393.

¹⁹⁹ Cf. Eugenio Zaffaroni e José Pierangeli. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte geral. Volume 1. 2006. p. 394

penalidades às lesões corporais; não pode exigir a intervenção médica cirúrgica e impor aos médicos penalidades pelos cortes no paciente; não pode consagrar a pena de morte e impor as penalidades do homicídio ao carrasco²⁰⁰.

Feitas essas breves considerações, será interessante novamente o paralelo com a doutrina das imunidades parlamentares materiais. A respeito do assunto, Fernanda Dias Menezes de Almeida afirma genericamente que a imunidade material é excludente de criminalidade²⁰¹. Em sentido mais específico, o plenário do Supremo Tribunal Federal apontou no sentido de reconhecer que a imunidade parlamentar em sentido material não constitui *fato típico*, pois afirmou “não é cabível indagar sobre nenhuma qualificação penal do fato objetivo, se ele está compreendido dentro da área da inviolabilidade parlamentar.”²⁰² Em decisão monocrática, Celso de Mello negou pedido de interpelação judicial sobre declaração de congressista em razão de que a imunidade parlamentar “descaracteriza a própria *tipicidade penal* dos crimes contra a honra.”²⁰³,

Voltemos à análise da liberdade religiosa e do direito penal.

A liberdade religiosa e seus aspectos são protegidos constitucionalmente. Na interpretação da legislação infraconstitucional penal, esse fato deve ser levado em consideração.

Ainda que determinada conduta seja formalmente típica, um ato protegido *em definitivo* pela liberdade religiosa não poderá ser considerado crime, por ausência de tipicidade.

4.3. A proteção penal à liberdade religiosa no Direito brasileiro

Na legislação penal, há vários exemplos de artigos que pretendem conferir proteção penal ao exercício da liberdade religiosa.

²⁰⁰ Os exemplos da violência desportiva, do médico e do carrasco são normalmente utilizados como exemplos de atipicidade conglobante pela doutrina penal. A doutrina da tipicidade conglobante desloca para o fato típico as hipóteses de exercício regular de direito e do estrito cumprimento do dever legal. (Cf. Fernando Capez. *Curso de direito penal*. Vol. 1. p. 197 a 199; Rogério Greco. *Curso de direito penal*. Vol. 1. p. 156 a 160; e Zaffaroni e Pierangeli. *Curso de direito penal brasileiro*. Vol. 1. p. 472 a 484).

²⁰¹ *Imunidades parlamentares*. Brasília: Câmara dos Deputados. 1982. p. 104

²⁰² STF, Pleno, INQ. 2282-9 – DF, Rel. P/ Acórdão, Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24/11/2006. Grifos nossos.

²⁰³ STF, PET 3686, Rel. Celso de Mello, Informativo do STF nº 438, de 28 de agosto a 1º de setembro de 2006.

No direito penal codificado, há previsão de qualificadora de injúria por motivo religioso²⁰⁴. De acordo com Luiz Régis Prado, essa modalidade de injúria é conhecida como injúria *preconceituosa* ou *discriminatória*.²⁰⁵

No crime de “redução a condição análoga de escravo”, há majorante se o agente o cometer por motivo religioso²⁰⁶.

Também no Código Penal, há previsão do crime de “ultraje a culto e impedimento ou perturbação a ato a ele relativo.”²⁰⁷ Nesse caso, tutela-se o sentimento religioso e também a pessoa ofendida. Proíbem-se três condutas distintas: “escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa”; “impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso” e “vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso”. No primeiro caso, a ofensa deve ser direcionada a pessoa determinada, não a

²⁰⁴ “Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

(...)

§ 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)

Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)”

²⁰⁵ Cf. *Comentários ao código penal: doutrina: jurisprudência selecionada: conexões lógicas com vários ramos do direito*. 3ª edição reformulada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 471

²⁰⁶ Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

(...)

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

(...)

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)”

²⁰⁷ “Ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo

Art. 208 - Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso:

Pena - detenção, de um mês a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência.”

uma organização religiosa; “escarnecer” não significa manifestar opinião contrária a determinada prática religiosa; escarnecer significa zombar²⁰⁸. Na terceira hipótese, o objeto de culto religioso deve ser consagrado, pois se estiverem expostos à venda em fábrica ou no comércio em geral, trata-se de fato atípico²⁰⁹.

Na legislação penal especial também há preocupação do legislador com a tutela da liberdade religiosa.

A Lei nº 4.898, de 09/12/1965, considera como abuso de autoridade qualquer atentado ao “livre exercício do culto religioso²¹⁰”. Porém, a abrangência da norma penal deve ser reduzida a ponto de proteger somente os cultos religiosos protegidos *em definitivo* pela liberdade religiosa, prevista constitucionalmente. É evidente, no entanto, que não deve ser considerado como abuso de autoridade impedir a realização de cultos religiosos, fora da proteção constitucional, como eventual reunião religiosa na qual pretenda oferecer sacrifícios humanos²¹¹.

A Lei nº 7.716, de 05/01/1989, pretende criminalizar condutas que manifestem preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional²¹². Nesse ponto, merece destaque o genérico artigo 20, que criminaliza a prática, a indução ou a incitação de discriminação ou preconceito²¹³.

²⁰⁸ Cf. Luiz Regis Prado. *Comentários ao código penal*. p. 208

²⁰⁹ Cf. Luiz Regis Prado. *Comentários ao código penal*. p. 653

²¹⁰ “Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado:

(...)

d) à liberdade de consciência e de crença;”

²¹¹ Cf. Guilherme de Souza Nucci. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 40

²¹² “Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.”

²¹³ “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de um a três anos e multa.

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social

Em comentário ao julgamento do caso Ellwanger pelo Supremo Tribunal Federal, Guilherme Nucci afirma que, mesmo os casos de discriminação por motivos religiosos podem ser considerados imprescritíveis, apesar do vocábulo constitucional se referir apenas a *racismo*. “Ora, se o STF considerou racismo, para efeito de se considerar imprescritível, mesmo se considerando que o judeu é adepto da religião denominada judaísmo, podendo ser qualquer pessoa, inclusive o que nasceu e se formou católico, mas posteriormente converteu-se. Dessa forma, parece-nos possível, igualmente, considerar racismo a busca da exclusão de outros grupos sociais homogêneos, exteriormente identificados por qualquer razão. E mais, podemos incluir nessa possibilidade a discriminação do ateu – aquele que não acredita em Deus e em nenhuma força sobrenatural, regente do Universo ou das relações humanas.”²¹⁴,

Embora seja digno de registro, não concordamos com o pensamento de Guilherme Nucci. Isso por duas razões: (i) não acreditamos que o Supremo Tribunal Federal pretendeu considerar racismo como sinônimo de discriminação de quaisquer grupos relativamente homogêneos; o Supremo Tribunal Federal tentou apenas dar algum sentido ao vocábulo *racismo*, uma vez que os seres humanos não podem ser cientificamente classificados em *raças*; e (ii) a norma de exceção da imprescritibilidade penal deve ser interpretada restritivamente.

A Lei nº 2.889, de 01/10/1956, tipifica como genocídio algumas condutas praticadas com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso.²¹⁵ O genocídio é mais abrangente do que o preconceito, e exige

ou publicação de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas ou televisivas.

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97).”

²¹⁴ Cf. *Leis penais e processuais penais comentadas*. p. 272 e 273.

²¹⁵ “Art. 1º Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

a) matar membros do grupo;

b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;

a intenção específica de destruir grupos homogêneos (nacional, étnico, racial ou religioso). “O ânimo do agente não é atingir determinada pessoa em razão do preconceito, mas destruir o grupo nacional, étnico, racial ou religioso.”²¹⁶

Em relação aos índios, há disposição específica que impõe sanção penal a quem escarneça de ritos religiosos indígenas²¹⁷.

Ainda na legislação extravagante, a Lei nº 11.343, de 23/08/2006, estabelece a regra da proibição da plantação, cultivo e comercialização de plantas que podem ser utilizadas na produção de plantas psicotrópicas. Porém, estabelece como exceção as plantas de uso ritualístico-religioso²¹⁸. O Decreto nº 79.388, de 14/03/1977, que promulgou no Brasil a Convenção de Viena sobre Substâncias Psicotrópicas, estabelece que, somente podem ser excluídas da regra da proibição, plantas silvestre, que cresçam naturalmente no território, tradicionalmente utilizadas por pequenos grupos em rituais religiosos²¹⁹.

c) submeter intencionalmente o grupo a condições de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;

d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;

e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo;”

²¹⁶ José G. Silva; Wilson Lavoretti; Fabiano Genofre. *Leis penais especiais anotadas*. 1ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Millenium, 2008. p. 300

²¹⁷ Lei nº 6.001, de 19/12/1973: “Artigo 58 - Constituem crimes contra os índios e a cultura indígena:

I - escarnecer de cerimônia, rito, uso, costumes ou tradição culturais indígenas, vilipendiá-los ou perturbar, de qualquer modo, a sua prática. Pena - detenção de um a três meses;

(...)”

²¹⁸ Art. 2º 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.

Parágrafo único. Pode a União autorizar o plantio, a cultura e a colheita dos vegetais referidos no caput deste artigo, exclusivamente para fins medicinais ou científicos, em local e prazo predeterminados, mediante fiscalização, respeitadas as ressalvas supramencionadas.

²¹⁹ 4. 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.

A exceção da Lei nº 11.343/2006 e da Convenção de Viena são importantes ao exercício da liberdade religiosa. A utilização de substâncias psicotrópicas em ritos religiosos não é recente. Houve utilização de substâncias psicotrópicas nos ritos de Dionísio, no oráculo de Delfos. As citas se embriagavam com o vapor do cânhamo. A própria maconha é considerada sagrada para os hindus e entre as tribos africanas²²⁰.

A Convenção de Viena, no entanto, estabelece restrições desarrazoadas, sob o ponto de vista da liberdade religiosa. Permite-se somente o cultivo por pequenos grupos, que tradicionalmente utilizam essas substâncias. Excluem-se, assim, outros grupos.

Levada às últimas conseqüências, a limitação da Convenção de Viena impede o exercício e a divulgação da religião.

Na jurisprudência estadunidense, há o interessante precedente *Gonzales v. Centro Espírita Beneficente União do Vegetal*. A organização religiosa de origem brasileira pretendia importar e usar a *hoasca*, que contém substância psicotrópica proibida, em seus rituais religiosos. Nas palavras do *Chief Justice* Roberts, “o Governo reconhece que essa prática é um sincero exercício da religião, mas, apesar disso, quer proibir a pequena seita americana de realizar essa prática (...).” Nesse julgamento, a Suprema Corte dos Estados Unidos aplicou as disposições da *Religion Freedom Restoration Act* (RFRA), que exige que o Estado demonstre a necessidade da restrição à liberdade religiosa, ainda que nos casos de leis gerais supostamente neutras²²¹. Entendeu a Suprema Corte que, no caso, o Estado não havia justificado a necessidade da restrição da importação da *hoasca*²²².

Aqui não se pretende a descriminalização da produção, venda e consumo de drogas. Porém, se as drogas são da essência de determinada religião, as mesmas podem ser produzidas, transferidas e consumidas por seus adeptos. É claro que pode e deve haver controle por parte das autoridades, que podem condicionar a produção

²²⁰ Cf. José G. Silva. Wilson Lavorenti, Fabiano Genofre. *Leis penais especiais comentadas*. P. 189

²²¹ É texto da RFRA, Section 2: “(2) leis religiosamente ‘neutras’ podem substancialmente dificultar o exercício da religião tanto quando as leis que pretendem interferir no exercício religioso; (3) os governos não devem dificultar substancialmente o exercício religioso sem a justificação convincente.”

²²² Suprema Corte dos Estados Unidos. *Gonzales, Attorney General, et al. v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal et al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Tenth Circuit No. 04-1084*. Argued November 1, 2005--Decided February 21, 2006

(em qualquer escala) a uma licença prévia. Pode haver, ainda, a perquirição sobre a sinceridade religiosa dos seus líderes e adeptos, a inexistência de finalidade lucrativa, e a quantidade da droga produzida, etc. As demais restrições (impossibilidade do comércio internacional, nítida caracterização do grupo religioso) são razoáveis, considerando o perigo à saúde pública consubstanciado pela produção, comércio e uso de drogas.

4.4. A liberdade religiosa e o direito privado

4.4.1. O abuso de direito

Também se impõe uma análise da influência da norma constitucional referente à liberdade religiosa sobre o direito privado como um todo.

O jurista deve considerar os vetores constitucionais, consubstanciados nos direitos fundamentais, para a análise das normas do direito privado.

No que tange ao tema, a interpretação do direito privado deve privilegiar a liberdade, sempre que possível. Porém, a liberdade religiosa coexiste com outros direitos fundamentais e imperativos de ordem pública, os quais não podem ser desprezados.

É necessário revisitar alguns pressupostos da teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. A concepção dos direitos fundamentais como “mandamentos de otimização” impõe a distinção entre direitos *prima facie* protegidos e direitos *definitivos*.

Em nosso entendimento, essa distinção realizada pelos constitucionalistas apresenta paralelo com a doutrina privatista do *abuso de direito*²²³.

Houve quem afirmasse, com Marcel Planiol, que a idéia da existência de um *abuso de direito* é uma contradição em termos. Isso porque o direito cessa onde o abuso começa²²⁴.

²²³ Virgílio Afonso da Silva discorre brevemente sobre a distinção entre teoria externa e teoria interna, relativa aos limites dos direitos fundamentais, e o paralelo com a doutrina privatista. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Malheiros, 2009. p. 127

²²⁴ No original: “Le droit cesse où l’abus commence, et il ne peut pas y avoir usage abusif d’un droit quelconque, par la raison irréfutable qu’un seul et même acte ne peut pas être tout à la fois, conforme au droit et contraire au droit.” Marcel Planiol. *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*. Dixième édition. Tome deuxième. Paris: Librairie Générale de Droit de Jurisprudence.

Josserand contesta essa afirmação. O fundamento do abuso do direito está na distinção entre o direito escrito e o direito aplicado, considerando o meio social²²⁵.

Nesse sentido, Bruno Miragem afirma que a doutrina do abuso de direito é fundada na distinção entre direito subjetivo e juridicidade²²⁶. Cláudio Antônio Soares Levada afirma que a distinção a ser levada em conta é entre legalidade e licitude²²⁷. Nós, em consonância com a teoria de Robert Alexy e adaptando-a as peculiaridades do direito privado comum, afirmaríamos que há direito subjetivo *prima facie*, porém este não é tutelado em definitivo pelo ordenamento jurídico, considerando as circunstâncias particulares do caso concreto.

No *abuso de direito*, em tese, há uma conduta do agente protegida pelo direito. Porém, no caso concreto, a conduta do agente não será protegida em definitivo, em razão do abuso.

No próprio direito positivo, a figura do abuso de direito é expressamente prevista. Há previsão, por exemplo, do abuso de direito de greve²²⁸ e do abuso do direito de defesa²²⁹.

Assim, há um exercício de direito legítimo e um exercício abusivo de direito. Há um exercício regular de direito. Porém, se houver excesso há abuso de direito que, havendo dano, gerará dever de indenizar²³⁰.

1926, p. 298, item 871

²²⁵ Cf. *De l'esprit des droits et de leur relativité. Theorie dite de l'abus de droits. Deuxième édition. Paris: Librairie Dalloz, 1939, p. 314*

²²⁶ Cf. *Abuso de direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro*. Revista dos Tribunais, ano 94, dezembro de 2005, volume 842, p. 16

²²⁷ “Nem tudo que é legal é lícito, é a premissa a partir da qual se justifica a ocorrência do abuso do direito, ou seja, o abuso de seu exercício, nada obstante se possa partir de uma situação de legalidade aparente (...).” *O abuso e o novo direito civil brasileiro*. Tese de doutorado apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2005, p. 19

²²⁸ Artigo 9, § 2º, da Constituição Federal (Art. 9º É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. (...) § 2º Os abusos cometidos sujeitam os responsáveis às penas da lei). °

²²⁹ Código de Processo Civil: art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (...) II - fique caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

²³⁰ Cf. Maria Helena Diniz. *Curso de direito civil brasileiro*. Responsabilidade civil. Vol. 7. 20ª edição

A doutrina civilista diverge sobre os requisitos para a caracterização do abuso de direito.

Josserand põe em debate os seguintes critérios: 1) critério intencional, configurado na intenção de prejudicar; 2) critério técnico, quando há ilícito no modo de exercício do direito; 3) critério econômico, na ausência de interesse legítimo; e 4) critério social ou finalista, consubstanciado no exercício de direito fora de sua função social²³¹.

Abbas Karimi soma os critérios de Josserand ao critério “atentado contra o direito do outro à segurança.²³²”. Além disso, propõe que o critério social não seja interpretado como a existência de uma finalidade social e geral, mas de acordo com a finalidade concreta do instituto jurídico²³³.

Maria Helena Diniz propõe três critérios: 1) intenção de lesar outrem, ou o exercício com ânimo de prejudicar; 2) ausência de interesse sério ou legítimo; e 3) exercício do direito fora de sua finalidade econômica e social²³⁴.

Cláudio Antônio Soares Levada²³⁵ e Bruno Miragem²³⁶ não concordam com a necessidade do requisito subjetivo (vontade de lesar outrem). Bastaria, assim, a violação dos limites objetivos consubstanciados na finalidade econômica e social do direito, a boa-fé e os bons costumes. No mesmo sentido, propõe Josserand²³⁷ e Abbas Karimi²³⁸.

O Código Civil de 2002 consagrou em definitivo a doutrina do abuso de direito. O legislador brasileiro conceituou o abuso de direito como um ato ilícito (“art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede

revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 590

²³¹ Cf. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. p. 366

²³² Cf. *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*. Bibliothèque de droit privé. Tome 306. Librairie générale de droit et de jurisprudence. 2001. p. 76

²³³ Cf. *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*. p. 91 e 92

²³⁴ Cf. *Curso de direito civil brasileiro*. p. 593

²³⁵ Cf. *O abuso e o novo direito civil brasileiro*. p. 45 e 46.

²³⁶ Cf. *Abuso de direito*. p. 28

²³⁷ Cf. *De l'esprit des droits et de leur relativité*. p. 371

²³⁸ Cf. *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*. p. 76. Para esse autor, a intenção de prejudicar revela um abuso de direito. Porém, não se precisa necessariamente dessa intenção para a caracterização do abuso de direito.

manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”).

Na análise de caso relacionado à liberdade religiosa, entendemos temerária a imposição de restrição do direito fundamental exclusivamente baseado nos bons costumes. O conceito de bons costumes pode ser modelado em virtude de uma moral religiosa individual do intérprete. Nesse caso, haverá uma significativa possibilidade de impor doutrinas religiosas (travestidas de regras morais ou de bons costumes) sobre outras; em desrespeito à liberdade religiosa.

A restrição imposta em nome da boa-fé e das finalidades econômicas e sociais do direito será possível. Até porque, nesses casos, será mais fácil a análise de direitos fundamentais contrapostos à liberdade religiosa, a justificar a restrição.

Há, ainda, outro critério que é aplicável aos casos que envolvam temas da liberdade religiosa. Trata-se do critério subjetivo (intenção de prejudicar). Se o agente tiver a manifesta intenção de prejudicar (e não exortar, ajudar, ensinar, ainda que de forma muito incisiva), poderá responder pelo ato ilícito praticado na modalidade abuso de direito.

4.4.2. O abuso de direito e o divórcio religioso

Em interessante artigo²³⁹, Stéphanie Laugutte e Eva Maria Lassen discutem um caso judicial francês relativo à ocorrência de abuso de direito na negativa do marido de conceder o divórcio religioso a sua mulher.

O divórcio religioso não é conhecido na maioria das denominações cristãs, nas quais prepondera o dogma da indissolubilidade espiritual do vínculo conjugal²⁴⁰. No entanto, é instituto conhecido de outras religiões, como o judaísmo e o islamismo. O novo casamento religioso de divorciados ou de um divorciado e um solteiro são permitidos por essas religiões, desde que haja um prévio procedimento religioso de divórcio.

²³⁹ Cf. *Meeting the challenge: redefining europe's classical model for state intervention in religious practices*. Netherlands Quarterly of Human Rights. Intersentia Publishers. Vol. 24, n. 1, march, 2006. p. 33 a 59

²⁴⁰ Consubstanciada na seguinte fórmula ritualística, frequentemente lida em celebrações de casamento: “o que Deus uniu, não separe o homem.”

No judaísmo ortodoxo, somente o marido pode iniciar o procedimento de divórcio, por meio de uma carta de divórcio. Se este se recusar, a mulher estará impedida de realizar novo casamento religioso²⁴¹.

No caso concreto, o marido havia permitido um divórcio consensual, nos termos da legislação francesa. Porém, no âmbito religioso, havia negado a carta de divórcio, o que, na prática, impediu o casamento religioso de sua ex-esposa.

A Corte de Cassação da França, então, entendeu que, nesse caso, era possível impor pagamento de indenização à mulher, em razão do abuso de direito do seu ex-marido. Ademais, levou em conta o seu abusivo comportamento contraditório. Porém, a Corte de Cassação entendeu que não seria possível adentrar nas motivações do ex-marido, considerando a liberdade religiosa e o princípio da separação igreja-estado²⁴².

4.4.3. Conclusões

Na interpretação do direito privado, o jurista deve levar em conta o direito constitucionalmente assegurado da liberdade religiosa. Assim, a liberdade religiosa deve ser assegurada, sempre que possível, dentro das condições fáticas e jurídicas existentes.

A restrição, porém, é possível. Nesse caso, a idéia de restrição a direitos fundamentais é compatível com a idéia de abuso de direito, consagrada na doutrina e legislação privatista.

²⁴¹ Cf. Stéphanie Laugutte; Eva Maria Lassen. *Meeting the challenge: redefining europe's classical model for state intervention in religious practices*. p. 40

²⁴² Cf. Stéphanie Laugutte; Eva Maria Lassen. *Meeting the challenge: redefining europe's classical model for state intervention in religious practices*. p. 40 e 41

VI. APONTAMENTOS DE DIREITO ESTRANGEIRO

1. Aspectos gerais

Não é simples tecer considerações sobre direito comparado. Não se desconhece que uma análise aprofundada, ainda que de temas específicos, em diversos países, demanda muito mais que o simples levantamento de artigos da Constituição e de jurisprudência de tribunais superiores.

O elenco dos direitos fundamentais expressamente reconhecidos nas diversas constituições e o seu modo de proteção são reflexos do julgamento da história de cada país. É certa, então, a afirmação de que os direitos fundamentais expressos são “invariavelmente acusações feitas retrospectivamente contra excessos ou deficiências dos regimes anteriores; e que, com o objetivo de emendar as experiências do passado são incorporados ao texto constitucional para evitar que se repitam no futuro²⁴³”. No Brasil, por exemplo, o rol minucioso dos direitos fundamentais, previstos nos artigos 5º e seguintes da Constituição Federal, certamente foi reação ao período autoritário vivido pelo país²⁴⁴. Da mesma forma, também a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se firmando no sentido de afastar qualquer resquício ou possibilidade de retorno ao período ditatorial²⁴⁵.

De toda sorte, no estudo do direito comparado, há interesse prático mais do que científico, pois se busca dar uma resposta normativa ótima a uma determinada situação²⁴⁶.

Com o intuito de pesquisar a respeito do tema, escolhemos alguns países ocidentais, que consideramos influentes ou de tradição jurídica próxima à brasileira. Escolhidos os países, analisaremos alguns problemas e soluções relacionadas à

²⁴³ Manoel Guillermo Altava Lavall (coord.). *Lecciones de derecho comparado*. Castello de La Plana, Publicaciones de la Universitat Jaume I, DL, 2003, p. 74

²⁴⁴ Fernanda Dias Menezes de Almeida afirma que, em resposta ao período militar, “a generosidade é, efetivamente, a marca da Constituição em tema de direitos do homem ...”. Os direitos fundamentais na constituição de 1988. *Revista do Advogado*. n. 99, Ano XXVIII, Setembro de 2008, p. 43

²⁴⁵ A esse respeito podemos citar a bastante liberal jurisprudência da Corte em relação ao tema da prisão provisória.

²⁴⁶ Cf. Manoel Guillermo Lavall. *Lecciones de derecho comparado*. p. 24

liberdade religiosa.

Aspectos mais específicos de julgados ou de disposições legais estrangeiras a respeito da matéria poderão ser tratados no decorrer do texto dos demais capítulos. Trataremos aqui somente de aspectos fundamentais.

2. Argentina

Pela análise do texto da sua Constituição, a Argentina é um Estado confessional. A Constituição argentina, reformada em 1994, em seu artigo 2º, reconhece que “o Governo Federal sustenta²⁴⁷ o culto católico apostólico romano.”

De acordo com Néstor Pedro Sagüés, o catolicismo romano não é uma religião de Estado. Trata-se, na verdade, de uma religião especialmente protegida. O verbo “sustentar”, presente na Constituição argentina, refere-se ao financiamento em termos econômicos da religião católica. Não há apoio político ou institucional²⁴⁸. A Igreja Católica tem personalidade jurídica necessária e de direito público²⁴⁹. O artigo em questão vincularia apenas o Governo Federal, não se aplicando por si só aos governos provinciais²⁵⁰.

Os gastos da Igreja Católica, financiados pelo Tesouro Nacional da Argentina, estão submetidos ao controle do Congresso²⁵¹.

A Constituição da Argentina prevê expressamente a possibilidade de o presidente firmar concordatas com a Santa Sé (artigo 99, inc. 11), bem como o poder do Congresso de aprovar ou não as concordatas com a Santa Sé (artigo 75, inc. 22).

Não obstante a posição privilegiada, a Corte Suprema Argentina não reconhece o catolicismo romano como “religião oficial”. Para a Corte, a Constituição reconhece a importância do catolicismo romano, o que não significa que “o culto católico apostólico romano se revista de religião oficial do Estado e que, inevitavelmente, suas pautas confessionais devam ser consagradas em nossa [na Argentina] legislação positiva²⁵²”.

A liberdade de crença e culto encontra-se positivada na Constituição

²⁴⁷ Em espanhol “sostiene”.

²⁴⁸ Cf. Néstor Pedro Sagüés. *Elementos de derecho constitucional*. Tomo 2. 3ª edición actualizada y ampliada, 1ª reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001, p. 81

²⁴⁹ Cf. Néstor Pedro Sagüés. *Elementos de derecho constitucional*. Tomo 2. p. 81 e 82

²⁵⁰ Cf. Néstor Pedro Sagüés. *Elementos de derecho constitucional*. Tomo 2. p. 82

²⁵¹ Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. “Portillo”, Fallos, 312:122, 09/02/1989

²⁵² Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. “Portillo”, Fallos, 312:122, 09/02/1989

argentina em seu artigo 14²⁵³. Por sua vez, o artigo 19 da Constituição positiva que “as ações privadas dos homens que de nenhum modo ofendam a ordem e a moral pública, nem prejudiquem a um terceiro, estão somente reservadas a Deus e isentas da autoridade dos magistrados. (...)”

A Corte Suprema entendeu que a igualdade entre os indivíduos se aplica inclusive aos que não professam nenhuma religião²⁵⁴.

A liberdade religiosa na Argentina encontra-se regulamentada por Lei (Lei nº 21.745, de 15 de fevereiro de 1978). Entre outras coisas, a Lei criou o Registro Nacional de Cultos, no âmbito do Ministério das Relações Exteriores e Culto. Por essa Lei, as autoridades públicas podem negar o registro a organizações religiosas cuja doutrina constitua ofensa à ordem pública, aos bons costumes e à segurança nacional.

²⁵³ “artigo 14. Todos os habitantes da Nação gozam dos seguintes direitos conforme as leis que regulamentam seu exercício; a saber: de trabalhar e exercer toda atividade lícita; de navegar e comerciar; de peticionar às autoridades; de entrar, permanecer e sair do território argentino; de publicar suas idéias pela imprensa sem censura prévia; de usar e dispor de sua propriedade; de associar-se com fins úteis; de professar livremente seu culto; de ensinar e aprender.”

²⁵⁴ Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. “Portillo”, Fallos, 312:496,18/04/1989

3. Estados Unidos

Em matéria do estudo da liberdade religiosa, não há dúvidas da fundamental importância dos Estados Unidos e da jurisprudência de sua Suprema Corte²⁵⁵.

Em sua origem, os Estados Unidos foram colonizados por ingleses, vítimas de perseguições religiosas em seu país de origem. Não é de se estranhar que a idéia de liberdade religiosa tenha tido importância fundamental para os operadores americanos.

Não obstante, mesmo entre os americanos, a liberdade religiosa sofreu processo de afirmação. Jónatas Machado afirma que boa parte dos *founding fathers* americanos tinha por objetivo fundar uma república cristã, teocrática e fundamentalista²⁵⁶. Ainda que assim não fosse, em sua origem, a liberdade religiosa nos Estados Unidos foi instituída para evitar a rivalidade entre os diversos grupos cristãos; jamais para possibilitar a implantação e expansão do judaísmo ou do islamismo²⁵⁷.

Ainda recentemente, a liberdade religiosa ocupa um espaço privilegiado nas discussões doutrinárias americanas, sendo fundamento de questionamentos judiciais a respeito de leis supostamente inconstitucionais²⁵⁸.

²⁵⁵ Serão tratados em tópicos específicos.

²⁵⁶ Cf. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos do cidadão*. Coimbra Editora. 1996, p. 79

²⁵⁷ Cf. Alan Brownstein. *La protección otorgada por la constitución de los Estados Unidos a las creencias religiosas y los grupos religiosos*. (traducción Alejandro Postadas Urtusuástegui; Revisión Victor Carlos Garcia Moreno). Revista de la Facultad de Derecho de Mexico. Tomo XLI, Julio-Diciembre, 1991, n. 178/180, p. 79. Também no mesmo sentido de que, originalmente, havia preocupação apenas com as formas e denominações cristãs: John White Jr. *The essential rights and liberties of religion in the american constitutional experiment*. Notre Dame Law Review. Vol. 71, N. 3, 1996. p. 373. O mesmo autor, no entanto, afirma a intenção de Thomas Jefferson de colocar o cristianismo em pé de igualdade com as demais religiões. p. 372. De acordo com Leonard W. Levy, Thomas Jefferson, por ocasião da elaboração da minuta da Constituição da Virgínia de 1776, propôs que a liberdade de religião não poderia ser invocada para justificar discursos contrários ao governo civil. (Cf. *Liberty and the first amendment: 1700-1800*. In. Lawrence M. Friedman; Herry N. Scheiber. *American law and constitutional order: historical perspectives*. Enlarged Edition. Harvard University Press. 1988. p. 99).

²⁵⁸ Cf. Michael Smith. *The special place of religion in the constitution*. p 83

Embora a Constituição americana tenha sido elaborada em 1787, originalmente o texto não contava com uma declaração de direitos nos moldes consagrados pela posterior Declaração Francesa de 1789.

O “Bill of Rigths”, denominação que se dá às Emendas 1 a 10, somente foi elaborado pelo Congresso americano em 1789 e ratificada pelos estados-membros em 15 de dezembro de 1791.

A respeito do tema analisado, interessa-nos o texto da primeira parte da Primeira Emenda: “O congresso não elaborará lei que adote uma religião oficial, ou que proíba o livre exercício de alguma religião; (...)”²⁵⁹,”

A proibição do estabelecimento de uma religião é conhecida como “establishment clause” e fundamenta dogmaticamente o princípio da separação Igreja-Estado. Ao seu lado, há proteção expressa ao livre exercício religioso (“free exercise”).

De acordo com Alan Brownstein, a determinação da separação Igreja-Estado é, na prática constitucional americana, mais importante como limitadora do Poder do que a cláusula que impõe o livre exercício religioso. Por dois motivos. Como regra geral, as autoridades federais, estaduais e locais têm procurado compor os diferentes grupos religiosos com o reconhecimento de exceções à incidência da legislação, fundadas em motivos religiosos (objeções de consciência por motivos religiosos)²⁶⁰. Ademais, as Cortes federais norte-americanas têm interpretado restritivamente a liberdade de exercício religiosa, quando não há regra específica prevendo a exceção à regra geral prevista em lei, pois, em geral nesses casos, confiam no resultado do processo político²⁶¹.

Por outro lado, ensina Alan Brownstein que “infelizmente o Governo, por sua própria iniciativa, tem demonstrado pouca vontade de abster-se de promover crenças religiosas, como ordena a cláusula de separação Igreja-Estado e a proibição da

²⁵⁹„ Amendment I: Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.”

²⁶⁰ Cf. *La protección otorgada por la constitución de los estados unidos a las creencias religiosas y los grupos religiosos*. p. 22

²⁶¹ Cf. *La protección otorgada por la constitución de los estados unidos a las creencias religiosas y los grupos religiosos*. p. 23

dita atividade pelo Estado muitas vezes tem tido que ser imposta por Cortes federais²⁶².”

²⁶² Cf. *La protección otorgada por la constitución de los estados unidos a las creencias religiosas y los grupos religiosos*. p. 23

4. França

Em seu texto, a Constituição da França, de 04/10/1958 não contempla a previsão expressa de um rol de direitos fundamentais. Porém, o preâmbulo da Constituição afirma que: “O povo francês proclama solenemente sua adesão aos direitos humanos e aos princípios da soberania nacional, tal como foram definidos pela Declaração de 1789, confirmada pelo Preâmbulo da Constituição de 1946, assim como aos direitos e deveres definidos na Carta do Meio Ambiente de 2003²⁶³”.

Assim, ainda é texto vigente a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. E, nesse diploma, merece destaque o texto do artigo 10: “Ninguém deve ser perseguido por suas opiniões, mesmo religiosas, se sua manifestação não infringe a lei e a ordem pública estabelecida pela Lei.²⁶⁴”

No que tange a consagração do Estado laico, a Constituição da França de 1958 é expressa, em seu artigo 1º: “França é uma República indivisível, laica, democrática e social, que garante a igualdade perante a lei de todos os cidadãos, sem distinção de origem, raça ou religião e que respeita todas as crenças.²⁶⁵”

²⁶³ No original: “Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004.”

²⁶⁴ No original: “Art. 10. Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi.”

²⁶⁵ No original: “Article 1er. La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée.”

5. Espanha

Ao lado dos Estados Unidos, a Espanha parece ser fonte de importantes discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito da liberdade religiosa.

O artigo 14 da Constituição da Espanha de 1978 prevê, em seu artigo 14, a cláusula genérica de igualdade perante a lei. A discriminação por base da religião é inadmissível²⁶⁶.

A liberdade religiosa é garantida no artigo 16. Há limitação expressa da liberdade religiosa, quando necessária à ordem pública²⁶⁷.

É garantido o princípio da separação Igreja-Estado. Porém, há previsão expressa de que os Poderes Públicos devem levar em consideração as crenças religiosas da sociedade espanhola e devem manter relação de cooperação com as religiões²⁶⁸.

Há dispositivo constitucional sobre o ensino religioso. “Os poderes públicos garantirão o direito que assiste aos pais para que seus filhos recebam a formação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções” (artigo 27.3.). Note-se, nesse ponto, que se trata de uma obrigação estatal positiva, no qual o Estado espanhol deverá, e não apenas poderá, estabelecer ensino religioso.

Na Espanha, há uma Lei Orgânica da Liberdade Religiosa (Lei Orgânica nº 7, de 5 de julho de 1980). No artigo 3 da referida Lei, há previsão de registro das organizações religiosas no registro competente, vinculado ao Ministério da Justiça. Acerca desse tema, decidiu o Tribunal Constitucional que não cabe às autoridades julgar o componente religioso de uma organização religiosa; afinal, o direito à liberdade religiosa não se limita às religiões tradicionais ou a crenças relacionadas às religiões

²⁶⁶ “Artigo 14. Os espanhóis são iguais perante a lei, sem que possa prevalecer discriminação alguma por razão de nascimento, raça, sexo, religião, opinião ou qualquer outra condição ou circunstância pessoal ou social.”

²⁶⁷ Art. 16.1. “Garante-se a liberdade ideológica, religiosa e de culto dos indivíduos e das comunidades, sem mais limitação, em suas manifestações, que a necessária para a manutenção da ordem pública protegida pela lei.”

²⁶⁸ Artigo 16.6. “Nenhuma confissão terá caráter estatal. Os poderes públicos levarão em conta as crenças religiosas da sociedade espanhola e manterão as conseqüentes relações de cooperação com a Igreja Católica e as demais confissões.”

tradicionais. A inscrição, instituída pela Lei, é mera expressão de formalidade, destinada a facilitar o exercício da liberdade religiosa. Deve-se restringir a possibilidade de indeferir a inscrição da organização religiosa, por afronta à ordem pública²⁶⁹.

²⁶⁹ Tribunal Constitucional Espanhol. Sentencia 46/2001. Publicación BOE 20010316, Registro 3083/1996

6. Portugal

A Constituição de Portugal de 1976 é detalhista nos contornos da liberdade religiosa. O tema é tratado no artigo 41, que trata da liberdade de consciência, religião e culto. São cinco itens que detalham as liberdades decorrentes da liberdade religiosa.

Prevê expressamente que ninguém pode ser perseguido ou privado de seus direitos. Por outro lado, prevê que ninguém será isento de suas obrigações cívicas por causa de convicções religiosas²⁷⁰. A lei, no entanto, poderá estabelecer os termos do exercício do direito à objeção de consciência²⁷¹.

A liberdade de ensinar religião também é garantida expressamente, especialmente dentro de sua própria organização, sendo garantida a possibilidade da utilização de meios de comunicação social²⁷².

Há expressa cláusula de separação da Igreja-Estado²⁷³.

Também há previsão de que o Estado não pode obrigar que o indivíduo declare a sua convicção religiosa. O questionamento estatal somente será válido se houver finalidade meramente estatística.²⁷⁴

No artigo 13 da Constituição de Portugal, também há a cláusula de igualdade entre todos, não podendo haver discriminação por motivo religioso²⁷⁵.

²⁷⁰ 2. Ninguém pode ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa.

²⁷¹ 6. É garantido o direito à objeção de consciência, nos termos da lei.

²⁷² “5. É garantida a liberdade de ensino de qualquer religião praticado no âmbito da respectiva confissão, bem como a utilização de meios de comunicação social próprios para o prosseguimento das suas atividades.”

²⁷³ “4. As igrejas e outras comunidades religiosas estão separadas do Estado e são livres na sua organização e no exercício das suas funções e do culto.”

²⁷⁴ “3. Ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder.”

²⁷⁵ “Art. 13. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual.”

Em interessante regra a respeito dos partidos políticos, a Constituição portuguesa declara, em seu artigo 51.3. que os partidos políticos não podem usar denominações que sejam diretamente relacionadas a religiões²⁷⁶. Por esse motivo, o Tribunal Constitucional entendeu por bem considerar ilegítima a denominação partidária de Partido Social Cristão (PSC)²⁷⁷.

²⁷⁶ “51. 3. Os partidos políticos não podem, sem prejuízo da filosofia ou ideologia inspiradora do seu programa, usar denominação que contenha expressões diretamente relacionadas com quaisquer religiões ou igrejas, bem como emblemas confundíveis com símbolos nacionais ou religiosos.”

²⁷⁷ Tribunal Constitucional Português. Acórdão n 107/95, Processo n 35-PP, Rel. Tavares da Costa. Interessante notar que, mesmo havendo absoluta certeza de que o vocábulo “Cristão” se refere a determinada ideologia religiosa, houve voto vencido no sentido da constitucionalidade da sigla PSC, sob o fundamento de que não haveria confusão dos eleitores; ao contrário da “Virgem Maria” e da “Cruz”, o vocábulo “Cristão” não confundiria os eleitores na identificação de determinada religião.

7. Itália

A Constituição da Itália de 1947 garante, em seu artigo 3º, a igualdade de todos, independentemente da religião.

A Igreja Católica Romana é citada na Constituição. Nos termos do artigo 7º “O Estado e a Igreja Católica são, cada um na sua própria esfera, independentes e soberanos. As relações entre ambos são regulamentadas pelos *Patti Lateranensi*. As modificações dos Patti, aceitas por ambas as partes. Não requerem procedimento de revisão constitucional.”

No artigo 8º, garante-se a liberdade de organização religiosa, conforme seus próprios estatutos, desde que se respeite o ordenamento jurídico italiano.

A liberdade de crença e de culto é assegurada pelo artigo 19, nos seguintes termos: “Todos têm direito de professar livremente a própria fé religiosa em qualquer forma, individual e associada, de propagá-la e de praticar privada ou publicamente o seu culto, desde que não se trate de ritos contrários aos bons costumes.”

No artigo 20, há a garantia de tratamento legislativo e fiscal igualitário entre as organizações religiosas.

8. Alemanha

Em seu preâmbulo, a Constituição da Alemanha de 1949 refere-se à consciência “perante Deus e os homens.”

A liberdade de crença e de consciência encontra-se garantida nos itens do artigo 4º da Constituição da Alemanha, nos seguintes termos: “(1) É inviolável a liberdade de crença e de consciência, e a liberdade de professar uma religião ou uma crença filosófica. (2) É garantida a não intromissão na prática da religião. (3) Ninguém poderá ser compelido a prestar serviços militares que envolvam uso de armas contra sua consciência. Os detalhes serão regulados por lei federal.”

Nos termos do artigo 7º, o ensino religioso integra o currículo regular das escolas públicas. Sem prejuízo da supervisão estatal, a instrução religiosa será realizada de acordo com os dogmas da comunidade religiosa a qual se refere. Os professores não estarão obrigados a ensinar religião, contra a sua vontade.

No que tange à liberdade religiosa, a Constituição da Alemanha de 1949, em seu artigo 140, refere-se expressamente à Constituição de 1919, mantendo em vigor alguns de seus dispositivos (artigos 136, 137, 138 e 141).

Os extratos ainda em vigor da Constituição de 1919 são bastante detalhados no tema.

Em seu artigo 136, há previsão expressa de que os direitos e deveres políticos são independentes do exercício da liberdade religiosa. O ingresso no serviço público e a capacidade eleitoral passiva não dependem de afiliação religiosa. Nenhuma pessoa pode ser obrigada a revelar sua orientação religiosa. As autoridades poderão questionar a orientação religiosa somente na medida do necessário para assegurar esses direitos ou deveres religiosos, ou para fins estatísticos. Nenhuma pessoa pode ser obrigada a nenhuma atividade religiosa ou adoração.

O artigo 137 da Constituição de 1919 assegura o princípio da neutralidade. Afirma que não há religião oficial. A liberdade de organização religiosa é garantida. A união das organizações religiosas, no território do Reich, não está sujeita a restrições. Garante-se a liberdade e independência de administração das organizações religiosas. Afirma que as organizações religiosas adquirem a personalidade jurídica de

acordo com a lei civil. As organizações religiosas podem ter personalidade de direito público, caso (i) tenha esse *status* no passado; ou (ii) se pedir e tiver um determinado número de membros que garanta a sua permanência. As sociedades que tiverem por objetivo a defesa de uma crença filosófica possuem os mesmos direitos do que as organizações religiosas.

No artigo 138, garante-se o direito de propriedade dos bens e demais direitos das organizações religiosas a suas instituições, fundações, com o objetivo de culto, educação ou caridade.

Nos termos do artigo 139, erige-se o domingo e feriados reconhecidos pelo Estado como protegidos pela lei e como dias de descanso e *desenvolvimento espiritual*.

Por fim, no artigo 141, garante-se a permissão de prestação de assistência religiosa, nas forças armadas em prisões ou em outras instituições públicas. Não haverá obrigação de nenhuma forma.

9. México

A Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos de 1917 estabelece que é vedada a discriminação por motivos de religião²⁷⁸.

É assegurada a liberdade religiosa. O Congresso não poderá editar leis que estabeleçam ou proíbam religião alguma. Com relação aos cultos externos aos templos, há previsão da obediência ao disposto em lei regulamentadora²⁷⁹.

No México, os dispositivos constitucionais relativos à separação Igreja-Estado são bastante detalhados e rígidos. A matéria em questão é de competência legislativa do “Congresso da União” (artigo 130, “caput”). As organizações religiosas têm personalidade jurídica de associações e deverão ser registradas em um registro específico (artigo 130, “a”). Há regra determinando a não intervenção das autoridades estatais nas organizações religiosas²⁸⁰.

Para regulamentar a matéria, há “Lei de associações religiosas e culto público²⁸¹”, publicada em 15 de julho de 1992 e posteriormente modificada em 2006. A Lei prevê o registro das organizações religiosas na Secretaria de Governo, para a obtenção da personalidade jurídica.

Trata-se de uma lei bastante restritiva à liberdade das organizações religiosas. Há impedimento expreso a ministros e organizações religiosas de “possuir ou

²⁷⁸ Artigo 1º. “(...) Fica proibida toda discriminação motivada por origem étnica ou nacional, gênero ou idade, incapacidade, condição social, condições de saúde, religião, opiniões, preferências, estado civil ou qualquer outra que atente contra a dignidade humana e tenha por objeto anular ou diminuir os direitos e liberdades das pessoas.”

²⁷⁹ “Artigo 24. Todo homem é livre para professar a crença religiosa que mais lhe agrada e para praticar as cerimônias, devoções ou atos do culto respectivo, sempre que não constituam um delito ou ilícito apenado por Lei.

O Congresso não pode editar leis que estabeleçam ou proíbam religião alguma.

Os atos religiosos de culto público se celebrarão ordinariamente nos templos. Os que extraordinariamente se celebrem fora destes se sujeitarão à lei regulamentária.”

²⁸⁰ “As autoridades não intervirão na vida interna das associações religiosas.”

²⁸¹ Para um comentário a respeito dessa lei, embora anterior às últimas reformas: Graciela Sandoval Vargas. *Libertad religiosa y relaciones Iglesia-Estado en Mexico*. Revista de La Facultad de Derecho. Universidad Complutense, curso 1992-1993. Madrid. Nº 82, p. 227-58

administrar, por si ou por interposta pessoa, concessões para a exploração de estações de rádio, televisão ou qualquer tipo de telecomunicação, nem adquirir, possuir ou administrar qualquer dos meios de comunicação de massa.”. Permite-se, apenas, a propriedade de máquinas para as publicações impressas de cunho religioso (artigo 16).

O culto exterior ao templo é considerado extraordinário. Para realizá-lo, é necessária a comunicação aos órgãos competentes, com quinze dias de antecedência. Poderá haver proibição da realização do culto externo, quando fundada em razões de segurança, proteção à saúde, a moral, a tranqüilidade, a ordem pública e os direitos de terceiros (artigo 22). A transmissão do culto por meios de comunicação de massa poderá ser realizada, de maneira extraordinária, mediante prévia autorização da Secretaria de Governo. Nunca poderá ser transmitida nos tempos de rádio e televisão destinados ao Estado. De qualquer forma, os organizadores, os patrocinadores e os concessionários serão responsáveis solidários com a organização religiosa, por descumprimento de obrigações legais relativas aos cultos públicos extraordinários (artigo 21).

Em matéria política, a Constituição mexicana demonstra grande preocupação com a laicidade do Estado. Os ministros religiosos são proibidos de exercer cargos públicos. Há limitação expressa da cidadania passiva²⁸². As organizações religiosas não poderão propagar determinada ideologia política²⁸³. Há proibição específica de um deputado ser ministro de culto religioso (artigo 56, inc. VI).

Ao tratar do direito à educação, a Constituição estabelece que a educação será laica “e, portanto, se manterá alheia à qualquer doutrina religiosa.” (artigo 3, inc. 1).

²⁸² “Nos termos da lei regulamentadora, os ministros de cultos não poderão desempenhar cargos públicos. Como cidadãos terão direito a votar, mas não a ser votados. Quem houver deixado de ser ministro de culto com a antecedência e a forma determinada pela lei, poderá ser votado” (artigo 130, “d”)

²⁸³ “Os ministros não poderão se associar com fins políticos, nem realizar proselitismo a favor ou contra candidato, partido ou associação política alguma. Tampouco poderão em reunião pública, nos atos do culto ou de propaganda religiosa, nem em publicações de caráter religioso opor-se às leis do país ou a suas instituições, nem desrespeitar (“agraviar”), de qualquer forma, os símbolos pátrios.” (artigo 130, “e”)

VII. ANÁLISE DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS – BREVE COMPARAÇÃO COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988

1. A Constituição Política do Império do Brasil de 1824

A Constituição de 1824 foi outorgada em nome da “Santíssima Trindade.”

Em seu texto, a Constituição Imperial oficializou a Religião Católica Romana. Porém, autorizou o culto doméstico aos seguidores das demais religiões²⁸⁴. O Imperador era obrigado a jurar o respeito ao Catolicismo, nos termos da Constituição²⁸⁵, bem como o presumível herdeiro, aos quatorze anos de idade²⁸⁶.

Aos católicos romanos assegurava-se a exclusividade de serem nomeados Deputados²⁸⁷ e Conselheiros²⁸⁸.

É certo que essa desigualdade reconhecida constitucionalmente já encontrava opositores. Nesse sentido, o manifesto da Igreja Positivista do Brasil, em carta endereçada ao Sr. Bispo do Pará, ainda à época da vigência do texto constitucional:

“O fato é que a liberdade religiosa que existe no Brasil é insuficiente. Sem falar na limitação ao culto doméstico, em casas sem forma exterior de templo, é fora de dúvida que as liberdades constitucionais ficaram e permanecem letra morta, por falta de medidas complementares. Não há liberdade de cultos desde que não há casamento civil

²⁸⁴ “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.”

²⁸⁵ “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 Politica da Nação Brasileira, e mais Leis do Imperio, e prover ao bem geral do Brazil, quanto em mim couber.”

²⁸⁶ “Art. 106.0 Herdeiro presumptivo, em completando quatorze annos de idade, prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, observar a Constituição Politica da Nação Brasileira, e ser obediente ás Leis, e ao Imperador.”

²⁸⁷ Artigo 95, III, da Constituição Imperial.

²⁸⁸ Artigo 141 da Constituição Imperial.

e secularização dos cemitérios. Ainda mais, o código criminal pretendeu introduzir na liberdade religiosa limitações de que não cogitou a Constituição. Tais são os artigos que se referem às verdades fundamentais da imortalidade da alma e da existência de Deus. Esses artigos são manifestamente contrários à disposição de que ninguém pode ser perseguido por motivos de religião, uma vez que respeite a do Estado e não ofenda a moral pública.²⁸⁹”

Walter Costa Porto ensina que, na época, o juramento religioso era muito difundido. Exigia-se o juramento favorável à Igreja Católica no bacharelado em Direito, Medicina e Engenharia. Da mesma forma, exigia-se daqueles que se formavam no Colégio D. Pedro II²⁹⁰.

Estavam privados do direito ao voto os “Religiosos, ou quaisquer, que vivam em Comunidade claustral.”²⁹¹”

No capítulo próprio aos “Direitos Cíveis e Políticos”, assegurou o seguinte direito: “ninguém pode ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado e não ofenda a Moral Pública.”²⁹²”

Com a proclamação da República, promulgou-se o Decreto 119-A, de 7 de janeiro de 1890, o qual determinou a separação definitiva entre o Estado e a Igreja Católica Romana no Brasil. O Decreto foi redigido por Ruy Barbosa²⁹³.

Em seu artigo 1º, o Decreto nº 119-A determinava que “é proibido a

²⁸⁹ Carta liberdade dos cultos. Carta a Sua Reverência, o Sr. Bispo do Pará, em resposta á representação que dirigiu á camara dos deputados, seguida por uma nota acerca da suppressão do juramento parlamentar. Rio de Janeiro, Séde do Apostolado Positivista do Brazil. 1oo (1888), p. 6. In. Lemos, Miguel e Mendes, Raimundo Teixeira. L’apostolat positiviste du Brésil (ordre e progrès). Coletânea de textos.

²⁹⁰ Cf. *Católicos e acatólicos: o voto no império*. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano 41. Nº 162. Abril/Junho de 2004, p. 394

²⁹¹ Artigo 92, IV, da Constituição Imperial.

²⁹² Artigo 179, V, da Constituição Imperial.

²⁹³ Ruy Barbosa afirmou em discurso no Senado Federal de 20.11.1912, que escreveu o Decreto de 7 de janeiro de 1890, que separou a igreja do estado: “Submeti, então, aos meus colegas e ao Chefe de Governo, o que eu redigira. E este foi aprovado unanimemente ‘ipsis litteris’, da primeira à última linha, da primeira à última palavra, sem alteração de uma vírgula, nem de um til, na mesma sessão em que ofereci ao exame do gabinete.” Apostolado Pozitivista do Brazil. *Ainda a verdade histórica acerca da instituição da liberdade espiritual do Brasil bem como do conjuncto da reorganização republicana federal (a proposito das afirmações do Senador Ruy Barbosa, a esse respeito, no discurso proferido, no Senado Federal, a 20 de Novembro de 1912*. Rio de Janeiro, 1918, p. 5.

autoridade federal, assim como a dos Estados federados, expedir leis, regulamentos ou atos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e criar diferenças entre os habitantes do país, ou nos serviços sustentados à custa do orçamento, por motivos de crenças, ou opiniões filosóficas, ou religiosas.” A liberdade de culto foi amplamente garantida pelo artigo 2º²⁹⁴. Nos artigos 3º²⁹⁵ e 5º²⁹⁶, há a previsão de liberdade de organização religiosa, sem a intervenção do poder público.

²⁹⁴ “Art. 2º a todas as confissões religiosas pertence por igual a faculdade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas nos actos particulares ou publicos, que interessem o exercicio deste decreto.”

²⁹⁵ “Art. 3º A liberdade aqui instituida abrange não só os individuos nos actos individuaes, sinão tabem as igrejas, associações e institutos em que se acharem agremiados; cabendo a todos o pleno direito de se constituirem e viverem collectivamente, segundo o seu credo e a sua disciplina, sem intervenção do poder publico.”

²⁹⁶ “Art. 5º A todas as igrejas e confissões religiosas se reconhece a personalidade juridica, para adquirirem bens e os administrarem, sob os limites postos pelas leis concernentes á propriedade de mão-morta, mantendo-se a cada uma o dominio de seus haveres actuaes, bem como dos seus edificios de culto.”

2. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891

A primeira Constituição republicana previu a separação da Igreja do Estado. Não poderiam a União ou os Estados “estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos.”²⁹⁷ Não há menção à Deus, em seu preâmbulo.

Em moldes próximos à anterior, a Constituição de 1891 proibiu o voto aos “religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade Individual.”²⁹⁸

Em sua “Declaração de Direitos”, a Constituição de 1891 assegura os princípios do direito à liberdade religiosa no artigo 72, §§ 3º²⁹⁹ e 28³⁰⁰.

Com relação ao artigo 72, § 28, a Constituição de 1891 assegurou expressamente a liberdade religiosa; porém não admitiu a “escusa de consciência”. O artigo 72, § 29, prevê expressamente a sanção de perda dos direitos políticos aos que se recusarem, por motivos religiosos, a cumprir obrigação imposta em lei³⁰¹.

Também na Declaração de Direitos, há a previsão de que “nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados.”³⁰²

Também há disposição acerca do caráter secular dos cemitérios municipais; garantiu-se, porém, a prática de ritos religiosos “desde que não ofendam a

²⁹⁷ Artigo 11, 2), da Constituição de 1891.

²⁹⁸ Artigo 70, § 1º, 4), da Constituição de 1891.

²⁹⁹ “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.”

³⁰⁰ § 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.

³⁰¹ § 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.

³⁰² Artigo 72, § 7º, da Constituição de 1891.

moral pública e as leis.³⁰³”

O casamento era exclusivamente civil³⁰⁴.

³⁰³ “§ 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.”

³⁰⁴ Artigo 72, § 4º, da Constituição de 1891: “A República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita”.

3. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934

Em seu preâmbulo, há menção à figura de Deus, em quem os “representantes do povo brasileiro” confiam.

Nos moldes da Constituição de 1891, proíbe-se a União e os Estados de estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos³⁰⁵. Também proíbe a Constituição que o Estado tenha “relação de aliança ou dependência com qualquer culto, ou igreja sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo³⁰⁶”.

A Constituição passou a prever a fórmula consagrada também pelas Constituições brasileiras posteriores: “Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções, por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões próprias ou dos pais, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.”³⁰⁷

A Constituição assegura, ainda, que ninguém será privado de seus direitos por convicção religiosa³⁰⁸. Há a exceção, porém dos direitos políticos. Não há previsão, portanto, da “escusa de consciência”.³⁰⁹

Reconheceu-se a liberdade de culto, desde que não contrariasse a ordem pública e os bons costumes³¹⁰.

Há, também, previsão da possibilidade de cultos religiosos nos cemitérios. Prevê-se, também a possibilidade de cemitérios particulares, sujeitos à fiscalização do Poder Público³¹¹.

³⁰⁵ Artigo 17, II, da Constituição de 1934.

³⁰⁶ Artigo 17, II, da Constituição de 1937.

³⁰⁷ Artigo 113, 1), da Constituição de 1934.

³⁰⁸ Artigo 113, 4), da Constituição de 1934.

³⁰⁹ Artigo 111, “b”, da Constituição de 1934.

³¹⁰ Artigo 113, 5), da Constituição de 1934: “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 costume. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil.”

³¹¹ Artigo 113, 7), da Constituição de 1934: “Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela

Em relação à matéria analisada, duas foram as inovações relevantes. A Constituição de 1934 inovou ao prever também, a assistência religiosa em expedições militares. Porém, nessas expedições, os sacerdotes somente poderiam ser brasileiros natos³¹². Além disso, houve a previsão da educação religiosa facultativa, a ser ministrada nas escolas³¹³.

Há o reconhecimento expresso do casamento religioso com efeitos civis³¹⁴.

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.”

³¹² Artigo 113, 6), da Constituição de 1934: “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.”

³¹³ “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.”

³¹⁴ 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.

4. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937

Nos moldes das Constituições anteriores, a Constituição de 1937 previu que o Estado não estabelecerá, subvencionará ou embaraçará o exercício de cultos religiosos³¹⁵. Não há menção a Deus, no preâmbulo.

Também como nas Constituições anteriores, o artigo 122, § 4º, da Constituição de 1937 prevê que “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.”

Os cemitérios passaram, novamente, a ter caráter exclusivamente secular³¹⁶.

Não há previsão de “escusa de consciência”. Perdem-se os direitos políticos em caso de recusa de obedecer imposição legal, em virtude de convicção religiosa³¹⁷.

Ainda há a previsão de ensino religioso facultativo³¹⁸.

No capítulo reservado à “Ordem Econômica”, há previsão expressa de que o operário terá direito ao descanso em feriados religiosos³¹⁹.

Não havia, na Constituição de 1937, previsão constitucional acerca do casamento religioso e da assistência religiosa aos militares.

³¹⁵ Artigo 32, “b”, da Constituição de 1937.

³¹⁶ Artigo 122, § 4º da Constituição de 1937.

³¹⁷ Artigo 119, “b”, da Constituição de 1937.

³¹⁸ Artigo 133 da Constituição de 1937: “O ensino religioso poderá ser contemplado como matéria do curso ordinário das escolas primárias, normais e secundárias. Não poderá, porém, constituir objeto de obrigação dos mestres ou professores, nem de frequência compulsória por parte dos alunos.”

³¹⁹ Artigo 137, “d”, da Constituição de 1937: “o operário terá direito ao repouso semanal aos domingos e, nos limites das exigências técnicas da empresa, aos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local.”

5. A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946

No preâmbulo, há menção à proteção de Deus.

A Constituição de 1946 manteve a proibição de a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estabelecerem, subvencionarem ou embaraçarem cultos religiosos³²⁰.

Ao contrário da Constituição anterior, não há previsão expressa de o Estado manter “relação de aliança ou dependência com qualquer culto ou igreja.”

No capítulo pertinente aos direitos e garantias individuais, a Constituição de 1946 assegura o livre exercício dos cultos religiosos “salvo os dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes.” As organizações religiosas adquirem a personalidade jurídica nos termos da lei civil³²¹.

Há algumas inovações importantes no tema. A Constituição de 1946 inova ao estabelecer a previsão da imunidade tributária, com relação aos impostos, para os “templos de qualquer culto”, “desde que as suas rendas sejam aplicadas integralmente no País para os respectivos fins³²²”.

A Constituição de 1946 inovou, ainda, ao prever pioneiramente a “escusa de consciência”. A lei poderia estabelecer obrigações alternativas àqueles que se recusassem a cumprir obrigações imposta por lei a todos os brasileiros³²³.

Há, também, previsão de assistência religiosa aos militares e aos internados em habitação coletiva. A assistência religiosa somente pode ser prestada por brasileiro³²⁴.

³²⁰ Artigo 31, II, da Constituição de 1946.

³²¹ Artigo 141, § 7º, da Constituição de 1946.

³²² Artigo 31, V, “b”, da Constituição de 1946.

³²³ Artigo 141, § 8º, da Constituição de 1946: “Por motivo de convicção religiosa, filosófica ou política, ninguém será privado de nenhum dos seus direitos, salvo se a invocar para se eximir de obrigação, encargo ou serviço impostos pela lei aos brasileiros em geral, ou recusar os que ela estabelecer em substituição daqueles deveres, a fim de atender escusa de consciência.”

³²⁴ Artigo 141, § 9º, da Constituição de 1946: “Sem constrangimento dos favorecidos, será prestada por brasileiro (art. 129, nº s I e II) assistência religiosa às forças armadas e, quando solicitada pelos interessados ou seus representantes legais, também nos estabelecimentos de internação coletiva.”

Os cemitérios poderiam ser seculares (administrados pelos Municípios) ou confessionais (mantidos por entidades religiosas). As organizações religiosas poderiam praticar seus ritos, mesmos nos cemitérios seculares³²⁵.

Também havia previsão da instituição de descansos remunerados, em dias de feriados religiosos³²⁶.

Previu-se a possibilidade de efeitos civis ao casamento religioso³²⁷.

Também há a previsão do ensino religioso facultativo³²⁸.

³²⁵ Artigo 141, § 10, da Constituição de 1946: “Os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal. É permitido a todas as confissões religiosas praticar neles os seus ritos. As associações religiosas poderão, na forma da lei, manter cemitérios particulares.”

³²⁶ Artigo 157, IV, da Constituição de 1946. Esse dispositivo previa o direito ao “repouso semanal remunerado, preferentemente aos domingos e, no limite das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local.”

³²⁷ Artigo 146 da Constituição de 1946: “§ 1º - O casamento será civil, e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.” “§ 2º - O casamento religioso, celebrado sem as formalidades deste artigo, terá efeitos civis, se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público, mediante prévia habilitação perante a autoridade competente.”

³²⁸ Artigo 168, V, da Constituição de 1946: “ V - o ensino religioso constitui disciplina dos horários das escolas oficiais, é de matrícula facultativa e será ministrado de acordo com a confissão religiosa do aluno, manifestada por ele, se for capaz, ou pelo seu representante legal ou responsável;”

6. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1967/69

Há menção à proteção de Deus, no preâmbulo.

A Constituição de 1967, nos moldes das Constituições anteriores, proíbe o Estado de estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos. Porém, há a previsão expressa de colaboração entre o Estado e as organizações religiosas, no interesse público, especialmente nos setores educacional, assistencial e hospitalar³²⁹.

Não há a previsão da “escusa de consciência”, imputando-se a perda dos direitos políticos no caso de recusa, por convicção religiosa, de cumprir encargo ou serviço imposto por lei³³⁰.

No Capítulo “Dos Direitos e Garantias Individuais” há afirmação de que todos são iguais perante a lei, sem distinção do credo religioso³³¹.

São assegurados a liberdade de consciência e o exercício de cultos religiosos, desde que “não contrariem a ordem publica e os bons costumes.”³³²

Há a previsão de assistência religiosa, prestada por brasileiros, às forças armadas e nos estabelecimentos de internação coletiva³³³.

³²⁹ Artigo 9º, II, da Constituição de 1967. É vedado “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”. A redação permanece a mesma após a Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969.

³³⁰ Artigo 144, II, “b”, da Constituição de 1967 (v. também artigo 149, §1º, “b”, da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969). Artigo 150, § 6º: “Por motivo de crença religiosa, ou de convicção filosófica ou política, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo se a invocar para eximir-se de obrigação legal imposta a todos, caso em que a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência. (artigo 156, § 6º, da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969).”

³³¹ Artigo 150, § 1º, da Constituição de 1967: “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.” (artigo 153, § 1º, da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969).

³³² Artigo 150, § 5º, da Constituição de 1967. Artigo 153, § 5º, da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969.

³³³ Artigo 150, § 4º, da Constituição de 1967: “Sem constrangimento dos favorecidos, será prestada por

Igualmente são assegurados o repouso remunerado, nos feriados religiosos³³⁴; o casamento religioso de efeitos civis³³⁵; e o ensino religioso facultativo³³⁶.

A Constituição de 1967 mantém a previsão da imunidade tributária, no tocante aos impostos, dos “templos de qualquer culto.”³³⁷,

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.”. V. também artigo 153, § 7º, da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969.

³³⁴ Artigo 158, VII, da Constituição de 1967. Artigo 165, VII, da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969.

³³⁵ Artigo 167 da Constituição de 1967: “§ 2º - O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento religioso equivalerá ao civil se, observados os impedimentos e as prescrições da lei, assim o requerer o celebrante ou qualquer interessado, contanto que seja o ato inscrito no Registro Público.

§ 3º - O casamento religioso celebrado sem as formalidades deste artigo terá efeitos civis se, a requerimento do casal, for inscrito no Registro Público mediante prévia habilitação perante, a autoridade competente.”. Ver também artigo 175, § 2º e 3º da da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969.)

³³⁶ Artigo 168, § 2º, IV, da Constituição de 1967: “o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas oficiais de grau primário e médio.” Ver também artigo 175, § 3º, V, da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969).

³³⁷ Artigo 20, III, “b”, da Constituição de 1967. Artigo 19, III, “b”, da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969.

7. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

Com exceção das Constituições de 1891 e 1937, as demais Constituições invocaram o nome de Deus (ou da Santíssima Trindade), em seu preâmbulo. A Constituição de 1988 segue o padrão majoritário das anteriores, com a invocação da proteção de Deus pelo órgão constituinte.

Na mesma linha das anteriores, a Constituição de 1988 não consagra a expressão “liberdade religiosa”. Porém, em passagens de seu texto, a Constituição faz referência a “culto”, “religião” e “crença”.

Topologicamente, a primeira referência da Constituição ao tema encontra-se no artigo 5º, VI, que dispõe ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

Em ruptura em relação às anteriores, a Constituição de 1988 não condiciona expressamente o livre exercício religioso ao fato de não ser “contrário à ordem pública e aos bons costumes.” Ou seja, não impõe nenhuma condição expressa ao exercício religioso, nem mesmo a observância dos imperativos de “ordem pública” ou “bons costumes”.

Também nos termos das Constituições precedentes, há a previsão de assistência religiosa aos militares e nas entidades de internação coletiva³³⁸, inovando-se, porém, ao não se impor a condição de brasileiro para os que devem prestar essa assistência.

A Constituição atual, acompanhada pela Constituição de 1946, consagra a possibilidade de a lei prever a “escusa de consciência”, nos seguintes termos: “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.”³³⁹

³³⁸ Artigo 5º, VII: “é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.” Ver também o artigo 143, § 1º, da Constituição de 1988.

³³⁹ Artigo 5º, VIII, da Constituição de 1988.

Seguindo a tradição consagrada desde 1891, a Constituição de 1988 impõe a proibição de estabelecer, subvencionar ou embaraçar o funcionamento de cultos religiosos ou igrejas. Há, porém, a possibilidade de “colaboração de interesse público”³⁴⁰, nos moldes antes previstos pelas Constituições de 1934 e 1967.

Também há previsão de ensino religioso, de matrícula facultativa³⁴¹ e do casamento religioso de efeitos civis³⁴².

Igualmente é prevista a imunidade dos templos de qualquer culto, no tocante aos impostos³⁴³, conforme é de nossa tradição desde 1946.

Não há previsão de respeito aos feriados religiosos, como direito social do trabalhador.

³⁴⁰ Artigo 19, I, da Constituição de 1988.

³⁴¹ Artigo 210, § 1, da Constituição de 1988.

³⁴² Artigo 226, § 2º, da Constituição de 1988.

³⁴³ Artigo 150, VI, “b”, da Constituição Federal.

VIII. APONTAMENTOS DE DIREITO INTERNACIONAL VIGENTE

1. Direito Internacional

Ao analisar os aspectos históricos ligados à liberdade religiosa, pretendemos informar nosso pensamento a respeito da importância, do conteúdo e do alcance da liberdade religiosa em nossos dias. Da mesma forma, a análise das Constituições brasileiras anteriores fornecem apenas uma base segura de comparação com os textos vigentes atuais, a informar o pensamento do intérprete constitucional.

Porém, superior à análise histórica de textos constitucionais é a importância do estudo do direito internacional.

Ao contrário das análises anteriores, o estudo do direito internacional repousa sobre o direito positivo vigente, obrigatório.

No Brasil, há muitas correntes a respeito da posição hierárquica dos tratados internacionais em matéria dos direitos humanos. A questão tornou-se ainda mais controvertida após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004.

Na sua redação original, o artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal, dispunha sobre os tratados internacionais de direitos humanos da seguinte forma: “§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Nessa oportunidade, surgiram algumas posições acerca da posição hierárquica dos tratados internacionais. A primeira corrente, sustentada por Flávia Piovesan³⁴⁴ e Alexandre Coutinho Pagliarini³⁴⁵, afirmava que os tratados internacionais

³⁴⁴ Cf. Flávia Piovesan. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 82-103

³⁴⁵ Cf. *Perspectivas dos pactos internacionais*. In. André R. Tavares; Olavo Ferreira; Pedro Lenza. *Constituição federal 15 anos: mutação e evolução, comentários e perspectivas*. São Paulo: Método, 2003, p. 68 e 71

em direitos humanos possuíam *status* de norma constitucional. A segunda corrente defendia a posição infraconstitucional da norma introduzida por tratado internacional³⁴⁶. Esta última corrente acabou prevalecendo no Supremo Tribunal Federal, durante o período de quase duas décadas de vigência do texto constitucional³⁴⁷.

Com a edição da Emenda Constitucional nº 45/2004, manteve-se a redação do § 2º, do artigo 5º da Constituição Federal. Porém, incluiu-se no texto constitucional o § 3º, que assim dispõe: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos de votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

A alteração do texto constitucional fez incidir novas luzes sobre a

³⁴⁶ Na doutrina, defendem essa posição entre outros Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 98 e 99) e Fernanda Dias Menezes de Almeida. De acordo com a última: “Não se nega que os direitos fundamentais sejam de índole materialmente constitucional, como alegam eles para justificar que as normas dos tratados de direitos fundamentais devam ser recebidas como normas constitucionais. (...) Mas isto, por si só, não autoriza a conclusão a que chegaram os que advogam hoje hierarquia privilegiada para os tratados de direitos humanos no Brasil. Sim, porque o certo é que nem toda matéria de natureza constitucional se esgota na Constituição formal. Assim sendo, é perfeitamente possível encontrar-se matéria dessa natureza disciplinada na legislação complementar ou ordinária, que se edite para integrar a eficácia da Constituição. E nem por isso essa legislação terá status de normas constitucionais, integrando um ‘bloco de constitucionalidade’, sem que a Constituição expressamente disponha nesse sentido.” (*A incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro. Análise do tema à luz do direito constitucional*. In: Revista do Advogado. Ano XXIII, Novembro de 2003. AASP, *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Celso Ribeiro Bastos*, p. 54)

³⁴⁷ STF, Pleno, HC 72131/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Moreira Alves, j. 23/11/1995; DJ 01/08/2003. Nesse ponto, importante transcrever trecho do voto condutor do Min. Moreira Alves: “Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais evidente em face do artigo 105, III, da Constituição que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre com relação à legislação infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado.” No mesmo sentido, o voto do Min. Celso de Mello: “É inquestionável, dentro do sistema jurídico brasileiro, que a normatividade emergente dos tratados internacionais permite situar tais atos de direito internacional público, no que concerne à hierarquia das fontes, no mesmo plano e grau de eficácia em que se posicionam as leis internas, como reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (...). Na realidade, inexistente, na perspectiva do modelo constitucional vigente no Brasil, qualquer precedência ou primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno.” Outro precedente: STF, 2ª Turma, HC nº 76561/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, Rel. p/ acórdão Nelson Jobim, J. 27/05/1998, DJ 02/02/2001.

questão.

Além disso, criou-se outro problema: o referente ao direito intertemporal. Na hierarquia das fontes normativas, como considerar os tratados de direitos humanos já incorporados ao ordenamento jurídico, quando não existia sequer a previsão do § 3º, do artigo 5º, da Constituição?

Pelo texto atual da Constituição, há somente uma questão totalmente pacificada: os tratados internacionais aprovados, posteriormente à Emenda Constitucional 45/2004, pelos trâmites previstos no § 3º, do artigo 5º, serão considerados equivalentes às emendas constitucionais. Permanece uma questão aberta na doutrina a hierarquia dos demais: (i) tratados posteriores à EC 45/2004, sem o procedimento mais rigoroso; bem como (ii) tratados anteriores à EC nº 45/2004³⁴⁸.

Em relação ao tema analisado (liberdade religiosa), importa-nos sobremaneira a questão dos tratados incorporados anteriormente à EC nº 45/2004. Isso porque há diversos tratados a respeito do assunto, que serão analisados posteriormente.

Em que pese a enorme divergência doutrinária, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 349.703³⁴⁹, vem se consolidando no sentido de atribuir posição hierárquica infraconstitucional e *supralegal* aos tratados de direitos humanos³⁵⁰.

³⁴⁸ Para uma visão geral da doutrina a respeito da discussão do direito intertemporal, sugerimos a leitura de Marco Antonio Corrêa Monteiro: *A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao direito interno brasileiro e sua posição hierárquica no plano das fontes normativas*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 2008, páginas 118 a 121.

³⁴⁹ “Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão.” (STF, Pleno, RE nº 349.703/RS, Rel. Carlos Britto, DJ 05/06/2009)

³⁵⁰ Em sentido diverso, é importante observar que o Ministro Celso de Mello, também em julgamento de 2008, reformou sua posição original para considerar a natureza *constitucional* dos tratados de direitos humanos: “Após muita reflexão sobre o tema (que entendi indispensável realizar, quando do julgamento plenário do HC 87.585/TO. Do RE 349.703/RS e do RE 466.343/SP), e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496) acolhi essa orientação que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos (...).” E continua: “É

Assim, em relação aos tratados internacionais, sem dúvidas, será necessário considerá-los com direito vigente internamente. E, no tema da liberdade religiosa, há importantes dispositivos a serem analisados, que influenciarão a análise dos casos concretos.

preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC nº 45/2004, pois quanto a elas, incide o § 2º do art. 5º da Constituição, promovendo sua integração e fazendo que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade. Essas razões que venho de mencionar levam-me a deferir a presente ordem de “habeas corpus”, considerada a circunstância de os tratados internacionais de direitos humanos possuírem hierarquia constitucional, como acentuo em longo voto proferido nos já mencionados HC 87.585/TO, RE 349.703/RS e RE 466.343/SP.” STF, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. 23/09/2008, DJ 05/02/2009.

2. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)³⁵¹

Tecnicamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma *recomendação* da Assembléia Geral das Nações Unidas. Portanto, não se trata de um *tratado* internacional. No entanto, a doutrina vem reconhecendo força normativa a essa Declaração de 1948, por se constituir *costume* internacional, nos termos do artigo 48 do Estatuto da Corte de Haia³⁵².

Em seu artigo II, 1., a Declaração de 1948 afirma o princípio da isonomia. Em seu texto, afirma que não haverá distinção entre as pessoas em razão de opções religiosas³⁵³.

No tema em análise, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 afirma que: “Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular.”³⁵⁴,

Diante da minuciosa norma acima transcrita, percebe-se que, pelo menos *em termos expressos*, trata-se de norma mais protetiva do direito fundamental à liberdade religiosa do que as consagradas nas Constituições Brasileiras. É norma mais específica que trata expressamente da possibilidade de ensinar e mudar de religião.

³⁵¹ Aprovada pela Resolução nº 217, na 3ª Seção Ordinária da Assembléia Geral da ONU, em Paris, em 10/12/1948.

³⁵² Cf. Fabio Konder Comparato. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª edição revista e ampliada. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 224. Francisco Rezek afirma que “não há desnível hierárquico entre normas costumeiras e normas convencionais. Um tratado é idôneo para derogar, entre as partes celebrantes, certa norma costumeira. De igual modo, pode o costume derogar a norma expressa em tratado: em alguns casos deste gênero é comum dizer que o tratado quedou extinto por desuso. O Estatuto da Corte de Haia não tencionou ser hierarquizante ao mencionar o tratado antes do costume.” (*Direito internacional público*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 124)

³⁵³ Artigo II “1. Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição.”

³⁵⁴ Artigo XVIII da Declaração de 1948.

3. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948)³⁵⁵

Também não se trata propriamente de um tratado internacional. Porém, pode ser considerada fonte de direito internacional, nos moldes antes sustentados na análise da Declaração Universal de 1948³⁵⁶.

No que concerne à liberdade religiosa, é menos específica do que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Veda a distinção por motivos religiosos e prevê a liberdade de manifestação pública de opiniões religiosas³⁵⁷.

³⁵⁵ Resolução XXX, Ata Final, aprovada na IX Conferência Internacional Americana, em Bogotá, em abril de 1948.

³⁵⁶ Em resumo: trata-se de costume internacional.

³⁵⁷ “Artigo II. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm os direitos e deveres consagrados nesta Declaração, sem distinção de raça, língua, crença ou qualquer outra.”

“Artigo III. Toda pessoa tem o direito de professar livremente uma crença religiosa e manifestá-la e praticá-la pública e particularmente.”

4. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966)³⁵⁸

É *tratado* internacional. Portanto, fonte segura de direito internacional.

Em seu texto, o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos é bastante específico e trata de vários aspectos relacionados à liberdade religiosa. Entre outros direitos, consagra expressamente a liberdade de professar publicamente a religião, por meio de celebração de práticas, ritos e do ensino religioso³⁵⁹.

Expressamente, porém, reconhece a possibilidade de a lei restringir o exercício do direito fundamental da liberdade religiosa, em casos de imperativos de segurança, ordem, saúde ou moral públicas. Permite-se, também, a restrição “para a proteção dos direitos das demais pessoas³⁶⁰”.

³⁵⁸ Adotado pela XXI Sessão da Assembléia-Geral das Nações Unidas, em 16/12/1966. Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 226, de 12/12/1991, e promulgado pelo Decreto nº 592, de 06/07/1992.

³⁵⁹ Artigo 18 – “1. Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou 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 de adotar uma religião ou crença de sua escolha.

3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às 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 no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais — e, quando for o caso, dos tutores legais — de assegurar aos filhos a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.”

³⁶⁰ Vide o artigo 18, 3. transcrito acima.

5. Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)³⁶¹

Ao consagrar o direito à educação, o tratado impõe aos Estados o dever de “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.”³⁶²

³⁶¹ Adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19/12/1966. Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo 226, de 12/12/1991, e promulgado pelo Decreto nº 591, de 06/07/1992.

³⁶² Artigo 13, 1., do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

6. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969)³⁶³

Tratado internacional conhecido como *Pacto de San José da Costa Rica*³⁶⁴.

Com relação ao tema da liberdade religiosa, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969 tem praticamente a mesma redação do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966³⁶⁵.

Porém, ao contrário do que os documentos anteriores, a Convenção Interamericana previu expressamente o direito de *divulgar* a sua religião. Trata-se, portanto, de outro aspecto da liberdade religiosa a ser considerado, na análise do direito positivo vigente³⁶⁶.

Entre outros direitos, consagra a liberdade da manifestação pública de ritos religiosos³⁶⁷.

³⁶³ Adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22/11/1969. Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 27, de 25/09/1992, e promulgada pelo Decreto nº 678, de 06/11/1992.

³⁶⁴ Ao nosso ver, trata-se do mais problemático tratado firmado pelo Brasil sobre o tema de direitos humanos, por proibir a prisão por dívida, exceto no caso de devedor de alimentos (artigo 7º, item 7º, do Pacto). A doutrina e a jurisprudência brasileiras há muito vêm se debatendo a respeito da possibilidade ou não de se efetuar a prisão civil do depositário infiel.

³⁶⁵ “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 submetido a 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 apenas às 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 pais e, quando for o caso, os tutores, têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.”

³⁶⁶ Pode-se afirmar que essa alteração, em essência não seria relevante. Porém, trata-se de mais um *verbo* que se insere no contexto da liberdade religiosa.

³⁶⁷ Vide texto compilado acima.

7. Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou em convicções (1981)³⁶⁸

Não se trata de um tratado internacional, por esse motivo não tem força necessariamente vinculante aos Estados. Porém, isso não quer dizer que a “Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções” não tenha uma força argumentativa relevante.

Trata-se de documento internacional muito mais detalhado que os demais, até por tratar exclusivamente do tema.

O artigo 3º reconhece que “a discriminação entre os seres humanos por motivos de religião ou de convicções constitui uma ofensa à dignidade humana e uma negação dos princípios da Carta das Nações Unidas (...)”.

A Declaração prevê a liberdade de manifestar sua religião em público, ou privadamente, individual ou coletivamente, mediante a realização de cultos, a observância e prática e o ensino³⁶⁹.

Há previsão de limitações à liberdade religiosas. Porém, nos termos da Declaração tais limitações somente serão aquelas previstas em lei e necessárias à manutenção da ordem, da segurança, da saúde e moral pública e para garantir os direitos fundamentais de outrem³⁷⁰.

Prevê, ainda, a prioridade da família na opção e formação religiosa da

³⁶⁸ Resolução nº 36/55, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 25/11/1981. Ao contrário dos demais documentos internacionais, o pesquisador não encontrou versão oficial em língua portuguesa. O texto oficial em espanhol encontra-se disponível em http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/d_intole_sp.htm, acesso em 05/12/2008; em português encontra-se disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/paz/dec81.htm>, acesso em 05/12/2008.

³⁶⁹ Artigo 1º, 1: “1. Toda pessoa tem o direito de liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito inclui a liberdade de ter uma religião ou qualquer convicção a sua escolha, assim como a liberdade de manifestar sua religião ou suas convicções individuais ou coletivamente, tanto em público como em privado, mediante o culto, a observância, a prática e o ensino.”

³⁷⁰ Artigo 1º, 3: “3. A liberdade de manifestar a própria religião ou as próprias convicções estará sujeita unicamente às limitações prescritas na lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais.”

criança. O limite dessa escolha, nos termos da Declaração, será a saúde física e mental da criança³⁷¹.

Ao que interessa ao presente trabalho, merecem transcrição as alíneas do artigo 6º da Declaração, pois arrola as liberdades que, necessariamente, acompanharão o direito fundamental à liberdade religiosa:

“a) a de praticar o culto e o de celebrar reuniões sobre a religião ou as convicções, e de fundar e manter lugares para esses fins;

b) a de fundar e manter instituições de beneficência ou humanitárias adequadas;

c) a de confeccionar, adquirir e utilizar em quantidade suficiente os artigos e materiais necessários para os ritos e costumes de uma religião ou convicção;

d) a de escrever, publicar e difundir publicações pertinentes a essas esferas;

e) a de ensinar a religião ou as convicções em lugares aptos para esses fins;

f) a de solicitar e receber contribuições voluntárias financeiras e de outro tipo de particulares e instituições;

³⁷¹ Artigo 5: “1. Os pais, ou no caso os tutores legais de uma criança terão o direito de organizar sua vida familiar conforme sua religião ou suas convicções e devem levar em conta a educação moral em que acreditem e queiram educar suas crianças.

2. Toda criança gozará do direito de ter acesso a educação em matéria de religião ou convicções conforme seus desejos ou, no caso, os de seus tutores legais, e não lhes será obrigatória a instrução em uma religião ou convicções contra o desejo de seus pais ou tutores legais, servindo de princípio essencial o interesse superior da criança.

3. A criança estará protegida de qualquer forma de discriminação por motivos de religião ou convicções. Ela será educada em um espírito de compreensão, tolerância, amizade entre os povos, paz e fraternidade universal, respeito à liberdade de religião ou de convicções dos demais e em plena consciência de que sua energia e seus talentos devem dedicar-se ao serviço da humanidade.

4. Quando uma criança não esteja sob a tutela de seus pais nem de seus tutores legais, serão levados em consideração os desejos expressos por eles ou qualquer outra prova que se tenha obtido de seus desejos em matéria de religião ou de convicções, servindo de princípio orientador o interesse superior da criança.

5. A prática da religião ou convicções em que se educa uma criança não deverá prejudicar sua saúde física ou mental nem seu desenvolvimento integral levando em conta o parágrafo 3 do artigo 1 da presente Declaração.”

g) a de capacitar, nomear, eleger e designar por sucessão os dirigentes que correspondam segundo as necessidades e normas de qualquer religião ou convicção;

h) a de observar dias de descanso e de comemorar festividades e cerimônias de acordo com os preceitos de uma religião ou convicção;

i) a de estabelecer e manter comunicações com indivíduos e comunidades sobre questões de religião ou convicções no âmbito nacional ou internacional.”

O texto da Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião e nas convicções, especialmente o artigo 6º, constitui lugar seguro para considerações doutrinárias sobre a liberdade religiosa, pois esmiúçam aspectos do direito fundamental.

8. Menções ao tema em outros documentos internacionais

Além dos textos acima comentados, freqüentemente há menções a temas relacionados à liberdade religiosa, em textos internacionais.

A Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948)³⁷² considera como genocídio a realização de atos tendentes a destruir grupos religiosos³⁷³.

A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951)³⁷⁴ impõe obrigação aos Estados signatários do tratado de tratar isonomicamente os refugiados, sem discriminação quanto à religião³⁷⁵. Ademais, dispõe nos seguintes termos: “os Estados Contratantes proporcionarão aos refugiados em seu território um tratamento ao menos tão favorável quanto o que é proporcionado aos nacionais no que concerne à liberdade de praticar a sua religião e no que concerne à liberdade de instrução religiosa dos seus filhos.”³⁷⁶

Na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965)³⁷⁷ também há menção à proteção do “direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião”³⁷⁸.

³⁷² Aprovada e aberta à assinatura e ratificação ou adesão pela Resolução 260 A (III), da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 09/12/1949. Foi aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo 2, de 11/04/1951, ratificada em 15/04/1952, e promulgada pelo Decreto nº 30.822, de 06/05/1952.

³⁷³ Artigo II: “Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como (...).”

³⁷⁴ Adotada em 28/07/1951, pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução 429 (V) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14/12/1950. Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 50.215, de 28/01/1961.

³⁷⁵ “Artigo 3º (Não discriminação): Os Estados Contratantes aplicarão as disposições desta Convenção aos refugiados sem discriminação quanto à raça, à religião ou ao país de origem.”

³⁷⁶ Artigo 4º da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951).

³⁷⁷ Adotada pela Resolução 2.106-A (XX) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 21/12/1965. Assinada pelo Brasil em 07/03/1996, ratificada em 27/03/1998 (sem reservas), e promulgada pelo Decreto nº 65.810, de 08/12/1969. Entrou em vigor internacional em 04/01/1969.

³⁷⁸ Artigo 5º, “d”, (vii), da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965).

Também na Convenção sobre os Direitos da Criança (1989)³⁷⁹ há menção à garantia da não discriminação por motivos religiosos³⁸⁰. Determina, ainda, que a liberdade de religião somente estará sujeita a limitações “prescritas em lei que forem necessárias para proteger a segurança, a ordem, a moral, a saúde públicas, ou os direitos e liberdades fundamentais de outrem³⁸¹.” Interessante ainda é a disposição que vincula os Estados a preparar a criança para viver em tolerância com outros grupos religiosos³⁸².

No Protocolo Adicional à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos Sociais e Culturais (1988)³⁸³, há a positivação da regra da não discriminação por motivos religiosos³⁸⁴. Ao se referir ao Direito à Educação, o Protocolo impõe que os Estados implementem programas para favorecer “a compreensão, a tolerância e a amizade entre as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover atividades em prol da manutenção da paz.”³⁸⁵

Na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (1994)³⁸⁶, há a positivação de que a mulher tem “o direito à

³⁷⁹ Adotado em Nova York, em 25/05/2000. Aprovado no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 230, de 29/05/2003, tendo sido ratificado pelo Brasil em 27/01/2004 e promulgado pelo Decreto nº 5.007, de 08/03/2004. Entrou em vigor internacional em 18/01/2002 e para o Brasil em 27/02/2004.

³⁸⁰ Artigo 2º, 1): “Os Estados-partes respeitarão os direitos previstos nesta Convenção e os assegurarão a toda criança sujeita à sua jurisdição, sem discriminação de qualquer tipo, independentemente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, impedimentos físicos, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.”

³⁸¹ Artigo 14, 3, da Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

³⁸² Artigo 29, 1. Os Estados-partes reconhecem que a educação da criança deverá estar orientada no sentido de: (...) d) preparar a criança para assumir uma vida responsável em uma sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade entre os sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena”.

³⁸³ Adotado pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, em San Salvador, El Salvador, em 17/11/1988. Aprovado no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 56, de 19/04/1995 e promulgado pelo Decreto nº 3.321, de 30/12/1999.

³⁸⁴ Artigo 3º (obrigação de não discriminação): “Os Estados-Partes neste Protocolo comprometem-se a garantir o exercício dos direitos nele enunciados, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.”

³⁸⁵ Artigo 13.2 do Protocolo de San Salvador.

³⁸⁶ Adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos em 06/06/1994. Ratificada pelo Brasil em 27/11/1995, e promulgada pelo Decreto nº 1.973, de 01/08/1996.

liberdade de professar a religião e as próprias crenças de acordo com a lei.³⁸⁷,”

³⁸⁷ Artigo 4º, “i”, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994).

IX. A LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL

1. Considerações preliminares

Neste momento, cumpre-nos aprofundar ainda mais a discussão a respeito de aspectos da liberdade religiosa, especialmente na aplicação dos direitos fundamentais dela decorrentes.

A Constituição influencia a aplicação do ordenamento jurídico como um todo. Os direitos fundamentais vinculam o legislador e o aplicador do direito.

Por outro lado, como vimos, a liberdade religiosa é garantida somente *prima facie* e o seu caráter definitivo somente pode ser observado no caso concreto, mediante a aplicação de ponderação dos princípios opostos.

Ademais, mesmo os direitos fundamentais podem ser regulamentados, ainda que essa regulamentação não esteja prevista no texto. A regulamentação pelo legislador é a restrição dos direitos fundamentais realizados diretamente pelos órgãos de legitimidade democrática. Por esse motivo, a princípio, a regulamentação deve prevalecer (princípio formal), desde que seja razoável no caso concreto.

Da mesma forma, como já dito em outra fase de nosso estudo, preferimos estudar a liberdade religiosa por meio da classificação de seus diversos aspectos. Classificamos em: (i) aspectos relacionados aos indivíduos; (ii) aspectos relacionados às organizações religiosas; e (iii) aspectos relacionados ao Estado.

A Constituição Federal prevê como direitos fundamentais diretamente estatuídos: os direitos de crença, culto, proteção às liturgias e locais de culto (todos no artigo 5º, VI), objeção de consciência por motivos religiosos (artigo 5º, VII; artigo 143, § 1º); direitos à assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva (artigo 5º, VII); o ensino religioso de matrícula facultativa, em horários normais, em escolas públicas (artigo 210, § 1º); o reconhecimento do casamento religioso (226, § 2º); a proibição de o Estado estabelecer ou subvencionar religiões (artigo 19, I); e a imunidade tributária dos templos de qualquer culto (artigo 150, VI, “b”).

Embora pretendamos traçar um panorama em torno do direito constitucional positivo brasileiro, na análise dos diversos aspectos, freqüentemente,

faremos referência a jurisprudência e a doutrina estrangeiras. Não há, no direito brasileiro, abundância de pronunciamentos, especialmente jurisprudenciais, que nos permita tratar conclusivamente as questões levantadas sem nos recorrer ao direito estrangeiro.

1.1. Direito de abstenção

A liberdade religiosa é habitualmente classificada como um direito fundamental de primeira geração³⁸⁸. Em razão do momento de seu reconhecimento histórico, essa afirmação é absolutamente verdadeira, considerando que, cronologicamente, a liberdade religiosa foi um dos primeiros direitos fundamentais reconhecidos nos documentos constitucionais.

Os direitos fundamentais de primeira geração são normalmente classificados como direitos de *defesa* contra o Estado ou de exigir a *abstenção* por parte do Estado³⁸⁹.

No nosso entendimento, a liberdade religiosa em especial como os direitos fundamentais em geral não vinculam apenas o Estado, mas também os particulares. Por esse motivo, há um verdadeiro direito geral de abstenção dos indivíduos e também do Estado, que se constitui no respeito à opção religiosa ou à ausência de opção religiosa de determinada pessoa natural ou jurídica.

1.2 Direito a prestações positivas

Nesse item, importa-nos analisar se há também o direito de eventualmente exigir prestação positiva do Estado ou de indivíduos.

Preliminarmente, fazemos uma distinção. Ramón Soriano, com um sentido diverso do empregado neste trabalho, também fala em liberdade religiosa positiva e negativa. Fala que a verdadeira liberdade religiosa é a negativa, cujo conteúdo é a não interferência dos poderes públicos (*libertad religiosa no interferida*). Porém, se permite falar em uma liberdade religiosa positiva, que demande uma obrigação de fazer do Estado, nos casos de serviço público e atenção aos interesses sociais dos grupos

³⁸⁸ Ou “dimensão”.

³⁸⁹ Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco classificam os direitos fundamentais em direitos de defesa, a prestação e de participação. *Curso de direito constitucional*. p. 259

religiosos³⁹⁰. Não haveria afronta ao princípio da igualdade no caso da liberdade religiosa positiva, quando há conjugação de interesses religiosos com interesses desenvolvidos por outras instituições públicas³⁹¹.

Não é exatamente este o sentido que analisamos no trabalho. Para Ramón Soriano, a liberdade religiosa positiva se confunde com a colaboração de interesse público. Para nós, interessa-nos saber se há uma liberdade positiva do indivíduo de obter alguma prestação positiva do Estado. E essa prestação positiva tem um sentido bastante preciso: ser exigível alguma providência especial do Estado para o cumprimento, pelo indivíduo, de uma obrigação religiosa.

1.3. Nossa posição

É evidente que a liberdade religiosa possui um necessário aspecto de defesa em face do Estado. Porém, não se pode deixar de reconhecer que também haverá prestações a serem realizadas pelo Estado, consoante o próprio texto constitucional.

Esse não é um problema simples. Ao se exigirem prestações do Estado por meio do Poder Judiciário corre-se o risco de desrespeitar-se a opção do legislador ou do administrador conduzindo a eventual *ativismo judicial*. O problema, assim, pode passar a ser analisado sob o prisma do princípio da separação de poderes e da democracia. A análise mais aprofundada do tema, porém, pode ir muito além do desejável em uma tese de doutorado, que demanda certa delimitação do tema.

Assim, em que pesem essas considerações, reconhecemos que completa liberdade religiosa demandará um esforço por parte do Estado, seja pela prática legislativa ou administrativa.

Nos Estados Unidos, mesmo aqueles que, como Steven K. Green, exigem uma postura mais separatista do Estado, admitem pelo menos uma prestação positiva: a de ser secular. Nas palavras de Steven Green: “enquanto não posso exigir que o Estado me ajude a ser mais religioso, eu posso obrigar o Estado a ser secular. Esta é a qualidade positiva da cláusula do não estabelecimento de religião (...)”³⁹².

³⁹⁰ Cf. *Los derechos de las minorias*. Sevilla, Editorial MAD, 1999, p. 130

³⁹¹ Cf. *Los derechos de las minorias*. p. 130

³⁹² *Symposium: a second-class constitutional right? Free exercise and the current state of religious freedom in the united states: religious liberty as a positive and negative right*. Albany Law Review. Vol. 70, 2007,

No Brasil, entendemos que, nos termos da Constituição, uma postura separatista extremada não pode prevalecer. Ademais, há casos expressos que exigem uma postura ativa por parte do Estado.

Por exemplo, no caso da escusa de consciência, vemos como certa a necessidade de intermediação legislativa para a exata compreensão das hipóteses e conseqüências da opção por não prestar serviços militares. A edição de lei regulamentadora é, assim, uma prestação positiva exigida pela própria Constituição. Porém, caso inexistisse norma regulamentadora, não deveria o indivíduo ficar cerceado de seu direito, considerando que a Constituição o assegura.

Outro exemplo é o ensino religioso, obrigatório em escolas públicas. A Constituição assegura esse direito; não pode o Estado recusar-se de fazer a sua parte na concretização desse direito.

Assim, é de se reconhecer que há prestações positivas exigíveis do Estado, por força de mandamento constitucional. Porém, em regra, a liberdade religiosa deve ser interpretada como uma liberdade pública em sentido estrito; ou seja, um direito que impõe um *não fazer* por parte do Estado. É essa a idéia mais aceita de liberdade religiosa e é assim que a liberdade religiosa vem sendo tratada historicamente.

2. Aspectos relacionados aos indivíduos

2.1. Os direitos protegidos

2.1.1. Aspectos gerais

Os direitos fundamentais devem ser considerados “mandamentos de otimização”, sua proteção deve ser considerada de suporte fático amplo, a abranger o maior número de situações concretas possíveis. Assim, ainda que se considerassem tão somente os direitos fundamentais diretamente instituídos, a proteção conferida à liberdade religiosa seria a mais ampla possível, considerando as circunstâncias e possibilidades jurídicas e fáticas.

No que tange aos aspectos relacionados preponderantemente aos indivíduos, nos exatos termos da Constituição, são assegurados expressamente os direitos de crença (artigo 5º, VI) e objeção de consciência por motivos religiosos (artigo 5º, VII; artigo 143, § 1º).

Porém, há outros protegidos pela Constituição e são absolutamente necessários para a análise da liberdade religiosa. É o caso da isonomia e da privacidade religiosa, os quais serão tratados oportunamente.

2.1.2. A isonomia religiosa

2.1.2.1. Considerações gerais

A *isonomia religiosa*, como direito de não sofrer discriminação em virtude de religião, é expressamente prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (artigo II.1); Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (artigo II) de 1948 e Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou convicções de 1981 (artigo 3º). É evidente que o direito à isonomia religiosa estaria, ainda, protegido genericamente pelo artigo 5º, “caput”, da Constituição Federal.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da

isonomia, como princípio constitucional, é dirigido ao legislador e ao intérprete-aplicador do direito³⁹³.

O tratamento jurídico da isonomia é bastante complicado, pois a função da lei e do Direito reside especificamente em dispensar tratamentos desiguais³⁹⁴ (desigualar o típico do atípico, o legal do ilegal, o legítimo do ilegítimo, por exemplo).

Assim, a isonomia não veda a ocorrência de distinções entre indivíduos; porém, veda distinções não razoáveis. O *discrimen* a ser eleito não pode ser desarrazoado ou proibido pela Constituição. Nesse pensamento, qualquer distinção não permitida pelo texto constitucional não deve ser admitida. Nesse ponto, a opção religiosa não é eleita pela Constituição como critério possível de discriminação.

Nesse ponto, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello: “(...) percebe-se que o próprio ditame constitucional que embarga a desequiparação por motivo de raça, sexo, trabalho, credo religioso e convicções políticas, nada mais faz do que colocar em evidência certos traços que não podem, por razões preconceituosas comuns em certa época ou meio, ser tomados gratuitamente como *ratio* fundamentadora de *discrimen*.”³⁹⁵

Assim, a *princípio*, qualquer distinção entre indivíduos baseada na religião não deve ser admitida, salvo a exceção constitucional consubstanciada na objeção de consciência. Mas, quanto a esta, para que não se crie tratamento mais favorável para o objetor de consciência, deverá ele cumprir prestações alternativas previstas em lei.

2.1.2.2. A possibilidade de tratamento diferenciado

A religião e o direito são sistemas normativos, pois pretendem conduzir, regulamentar, regradar a vida das pessoas³⁹⁶. Não há necessariamente conflito entre as determinações religiosas e as normas jurídicas. O “não matarás”, dos *dez mandamentos*, por exemplo, acaba por proteger o mesmo valor ético-jurídico que o artigo

³⁹³ Cf. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª edição atualizada. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 9

³⁹⁴ Cf. Celso Antônio Bandeira de Mello. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. p. 12

³⁹⁵ *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. p. 17 e 18

³⁹⁶ James E. Wallace afirma que, do ponto de vista da sociologia e da antropologia, direito e religião são sistemas normativos que afetam o comportamento humano. Cf. *Relationships between law and religion in american society*. Review of Religious Research, Vol. 7, No. 2. p. 63

121 do Código Penal.

No entanto, potencialmente, as religiões, ao regulamentarem a vida das pessoas, podem criar conflitos com as determinações gerais do ordenamento jurídico. As religiões podem criar direitos religiosos não tutelados pelo ordenamento: poligamia, sacrifício ritual de animais, consumo de drogas em contexto religioso, entre outros. Por outro lado, as religiões podem restringir direitos, exigindo condutas não obrigatórias pelo ordenamento jurídico, por exemplo: abstenção de certos tipos de alimento, de transfusão de sangue, impedimento de obter divórcio³⁹⁷.

É no contexto de *antinomias* entre os sistemas jurídico e religioso que surgem os problemas relativos ao tratamento diferenciado por motivos religiosos.

Jayme Weingartner Neto trata a isonomia em questão religiosa como uma especificação do princípio da isonomia. Para Jayme Weingartner Neto a isonomia no campo religioso não veda o “tratamento especial diferenciado” a determinadas confissões religiosas³⁹⁸. É a aplicação do princípio da isonomia em sentido material. No pensamento desse autor, haverá dever do Estado de “coordenação das diversas liberdades religiosas coletivas”, “criar condições para o desempenho das confissões religiosas minoritárias.”³⁹⁹,

Jónatas Eduardo Mendes Machado partilha da mesma opinião. Há, em sua opinião, obrigação de “diferenciação de tratamento jurídico”, possibilitando disciplinas jurídicas distintas ajustada às desigualdades fáticas concretamente existentes e à particular autocompreensão das diferentes confissões religiosas⁴⁰⁰.

No direito comparado, nos Estados Unidos da América, muito se discutiu quanto a obrigatoriedade de o legislador conferir tratamento diferenciado em matéria religiosa.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, no precedente *Sherbert vs. Verner*⁴⁰¹, fixou o entendimento de que as leis, mesmo que gerais, não podem impedir a

³⁹⁷ Cf. Dieter Grimm. *Freedom of religion in the secular state*. p. 2373

³⁹⁸ Cf. *Liberdade religiosa na constituição*. p 203

³⁹⁹ Cf. *Liberdade religiosa na constituição*. p 204

⁴⁰⁰ Cf. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. p. 292

⁴⁰¹ Suprema Corte dos Estados Unidos. *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963) 374 U.S. 398. *Sherbert v. Verner et al., Members Of South Carolina Employment Security Commission, Et Al. Appeal from the Supreme Court Of South Carolina*. No. 526. Argued April 24, 1963. Decided June 17, 1963.

prática religiosa. Tratava-se de um caso de uma senhora sabatista (mais especificamente adventista do sétimo dia) que havia sido demitida e pretendia obter o seguro desemprego (*unemployment compensation benefits*). O benefício foi negado, pois a sabatista havia rejeitado a oportunidade de trabalhar no emprego oferecido pelo Estado (*Employment Security Commission*) ou por empregadores, pois o trabalho aos sábados seria contrário à sua fé. A justificativa não foi aceita como razoável pelo Estado. Porém, a Suprema Corte determinou a implantação do benefício. Nas palavras de *Mr. Justice Brennan*, a legislação é inconstitucionalmente inválida ainda que indiretamente cause prejuízo ao exercício religioso. A “Carolina do Sul não pode constitucionalmente aplicar a elegibilidade do benefício como meio de constranger o trabalhador a abandonar sua religião a respeito do dia do descanso.”

Em *Wisconsin v. Yoder*⁴⁰², a Suprema Corte dos Estados Unidos foi ainda mais incisiva na possibilidade de tratamento diferenciado, em razão de convicções religiosas. Após o fim da oitava série (*eighth grade*), os filhos de pais da religião *amish* deixaram de freqüentar a escola. Acreditavam sinceramente que a freqüência no colegial (*high school*) e os valores lá ensinados eram contrários à religião *amish*. Nos termos da opinião de *Mr. Chief Justice Burger*, o interesse estatal de buscar a educação universal encontra limites na liberdade religiosa. Há sinceridade na alegação da religião *amish*, considerando seus mais de 300 anos de história. Assim, a legislação deveria ser excepcionada para que se reconhecesse o direito de se absterem de cursar o colegial.

No entanto, no início de 1990, a Suprema Corte dos Estados Unidos firmou outra posição a respeito. Em *Employment Division of Oregon v. Smith*⁴⁰³, a Suprema Corte entendeu que o Estado pode negar o seguro desemprego de pessoa despedida pelo uso de *peyote* (um tipo de cacto, que contém substância psicotrópica), em rituais religiosos. Nos termos da opinião de *Justice Scalia*, a liberdade religiosa não dispensa uma pessoa da obrigação de cumprir uma lei que proíbe ou exige a realização de

⁴⁰² Suprema Corte dos Estados Unidos. *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972); 406 U.S. 205; *Wisconsin v. Yoder et al. Certiorari to the Supreme Court of Wisconsin* No. 70-110. Argued December 8, 1971 Decided May 15, 1972

⁴⁰³ Suprema Corte dos Estados Unidos. *Employment Div., Ore. Dept. Of Human Res. V. Smith*, 494 U.S. 872 (1990) 494 U.S. 872 *Employment Division, Department Of Human Resources Of Oregon, Et Al. v. Smith et al. Certiorari to the Supreme Court Of Oregon* No. 88-1213. Argued November 6, 1989; Decided April 17, 1990

uma conduta, se a lei não é voltada especificamente para a prática religiosa.

Em razão dessa decisão, editou-se, nos Estados Unidos da América, a *Religious Freedom Restoration Act*, determinando que toda decisão do Estado de restringir o direito à liberdade religiosa deve ser (i) fundamentado em um interesse público relevante; e (ii) o meio menos gravoso de promover esse interesse público⁴⁰⁴.

Assim, nos Estados Unidos da América, ao menos em termos legislativos, o tratamento diferenciado por motivos religiosos passou a ser a regra. A exceção deve ser motivada.

No Brasil, entendemos que o tratamento diferenciado por motivos religiosos é possível. Porém, no tema da isonomia, teorizar que as diferenciações são possíveis, desde que razoáveis, é mais simples do que resolver problemas concretos.

Mais uma vez, manifestamo-nos favoravelmente a uma regulamentação legislativa. A diferenciação fundada na isonomia material, especialmente quando não prevista em lei e ordenada pelo Poder Judiciário, sempre causará embaraços, muito embora seja juridicamente possível.

2.1.2.3. Critérios para o estabelecimento do tratamento diferenciado sem previsão legal

Nas antinomias entre as determinações religiosas e jurídicas, surgem a necessidade de se verificar a eventual possibilidade de tratamento diferenciado.

Dieter Grimm tenta estabelecer critérios para a tutela jurídica do fenômeno religioso, em face de mandamentos jurídicos gerais.

No caso de as religiões conferirem um direito não prescrito pela lei, deve-se verificar 1) a importância da fé para o crente que requer o tratamento diferenciado; e 2) a restrição da liberdade religiosa exigida pela aplicação geral da lei. Por

⁴⁰⁴ “SEC. 3. FREE EXERCISE OF RELIGION PROTECTED

(a) IN GENERAL. -- Government shall not substantially burden a person's exercise of religion even if the burden results from a rule of general applicability, except as provided in subsection (b).

(b) EXCEPTION. -- Government may burden a person's exercise of religion only if it demonstrates that application of the burden to the person --

1) furthers a compelling governmental interest; and

(2) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest.”

outro lado, em uma segunda etapa, deve-se verificar a importância do bem jurídico protegido pela aplicação da lei geral. A terceira etapa será da ponderação dos bens jurídicos contrapostos. Em grande parte dos casos, segundo o Dieter Grimm, o tratamento diferenciado deverá ser dispensado⁴⁰⁵.

Para Dieter Grimm, há maior dificuldade no caso de as religiões exigirem uma restrição à liberdade não exigível por lei geral. Isso porque se trata de relações entre as organizações religiosas e os indivíduos. As organizações religiosas não podem exigir cumprimentos de obrigações religiosas. No caso de descumprimento de mandamentos religiosos, a organização religiosa poderá aplicar sanção religiosa (como a excomunhão) sem qualquer interferência estatal. Porém, o Estado deverá sempre permitir que o indivíduo descumpra os mandamentos religiosos. A força do Estado nunca poderá ser usada para obrigar a obediência de um mandamento religioso.⁴⁰⁶

Os critérios estabelecidos por Dieter Grimm e pela *Religion Freedom Restoration Act* são válidos. Em regra geral, admite o tratamento diferenciado por motivos religiosos se a restrição à liberdade religiosa for desproporcional ao bem jurídico tutelado pela lei geral.

Porém, como vetor interpretativo a pautar a atividade do intérprete, nós concluímos que, na inexistência de lei, a regra deve ser do tratamento igual. O tratamento diferenciado sem previsão legal é exceção.

2.1.2.4. A objeção de consciência por motivos religiosos

Dentre as hipóteses legítimas de tratamento diferenciado por motivos religiosos, destaca-se a objeção de consciência.

Juan Navarro Floria ensina que, tradicionalmente, se entende a objeção de consciência como “o não cumprimento de um mandamento ou um dever legal ou normativo, por parte de quem o considera contrário aos mandamentos da própria consciência, afrontando o objetor as consequências negativas (castigos) que esse não cumprimento legal acarreta.”⁴⁰⁷

Esse conceito, no entanto, não será interessante ao estudioso do

⁴⁰⁵ *Freedom of religion in the secular constitutional state*. p. 2378

⁴⁰⁶ *Freedom of religion in the secular constitutional state*. p. 2378 e 2379

⁴⁰⁷ *El derecho a la objeción de conciencia*. Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, p. 25

Direito. Tal conceito é, por demais, abrangente, pois abarca também a noção de ato ilícito e de sanção como castigo jurídico.

Dessa forma, preliminarmente, deve-se fazer a distinção entre a objeção de consciência lícita (tutelada pelo Direito) e a objeção de consciência ilícita (ato ilícito). É interessante tratar apenas da objeção de consciência lícita, à qual deveremos chamar simplesmente de objeção de consciência ou de direito à objeção de consciência.

A objeção de consciência é a dispensa de uma determinada obrigação imposta por lei geral. São exceções, em geral fundadas em motivo religioso, com o objetivo de excepcionar um comando legal.

Genericamente, as objeções de consciência não são exclusivas do fenômeno religioso. É instituto jurídico aplicável a todos os direitos fundamentais ligados ao direito à liberdade de consciência. A Constituição de 1988, em seu artigo 5º, VIII, dispõe sobre “crença religiosa ou convicção filosófica e política.”

Porém, neste trabalho, somente será tratada a objeção de consciência de fundo religioso. Aliás, é nesse campo que a objeção de consciência ganha grande aplicação prática. Tanto é assim que Maria Claudia Bucchianeri Pinheiro, com singular propriedade, inclui a objeção de consciência dentre as chamadas “políticas de acomodação do fenômeno religioso.”⁴⁰⁸,

Não se enquadra especificamente na definição de direitos às prestações positivas ou direitos a prestações negativas. Em regra, demandará que o poder competente edite regras a excepcionar a aplicação da lei geral e abstrata; e isso é uma prestação positiva. Por outro lado, não depende de maiores realizações ou concretizações do poder público, em via de concretizar o respeito à liberdade religiosa.

Em um Estado de Direito, no qual impera o princípio da obediência às leis gerais editadas indiscriminadamente pelo legislador, a objeção de consciência não deve ser a regra⁴⁰⁹. O tratamento diferenciado entre as pessoas é a exceção, ainda que seja para possibilitar a expressão da religiosidade. É próprio de nosso sistema o império do princípio da legalidade, o qual não pode ser simplesmente desconsiderado.

Porém, também não se pode afirmar que o tratamento diferenciado em

⁴⁰⁸ *A separação estado-igreja e a tutela dos direitos fundamentais de liberdade religiosa no Brasil*. p.17

⁴⁰⁹ Antonio Carlos Castillo. *Libertad de conciencia y de religión*. p. 12 e 13

nome da religião é por si mesmo ilegítimo. A liberdade religiosa é também tutelada pela Constituição, motivo pelo qual, desde que razoáveis e proporcionais, haverá espaço para o tratamento diferenciado, em benefício da liberdade individual. Por esse motivo, afirma Alan Brownstein que “claramente, a cláusula de separação Estado-Igreja não é violada se o Estado dá trato preferencial a um grupo ou uma instituição religiosa, porque está obrigado por outro mandamento constitucional independente e de igual importância.”⁴¹⁰,

É certo que, em princípio, somente a lei poderá excepcionar a aplicação geral de um dispositivo legal. Porém, isso não significa que toda objeção de consciência para ser constitucionalmente legítima deva ser reconhecida pela lei em sentido formal. Nesse sentido, Juan Navarro Floria reconhece a existência de objeção de consciência imprópria ou *secundum legem*, quando regulada pela lei; e objeção de consciência própria ou *contra legem*, quando não há lei regulamentadora⁴¹¹.

Não nos parecem adequados os termos *própria/imprópria* ou *contra/secundum legem*. Isso porque a objeção de consciência *contra legem* não é exatamente *contra* mas *praeter legem*, pois está garantida na Constituição. Ademais, a utilização do termo *imprópria* pode indicar erroneamente que não se trata de verdadeira objeção de consciência.

Por esse motivo, preferimos nos referir à objeção de consciência *regulamentada e não regulamentada*. É terminologia mais clara, direta e dispensa maiores e inúteis considerações e/ou críticas.

No direito comparado, a Suprema Corte da Nação Argentina reconhece que, mesmo inexistindo lei regulamentadora da dispensa do serviço militar por motivos religiosos, trata-se de direito autoaplicável e que deve ser observado no caso concreto. Os direitos individuais, como a liberdade religiosa, “devem ser feitos valer em caso concreto, sem importar que se encontre incorporados ou não na legislação.”⁴¹²,

As objeções de consciência não regulamentadas são aquelas que defluem da análise do caso concreto, mediante a ponderação de princípios constitucionais.

⁴¹⁰ *La protección otorgada por la constitución de los Estados Unidos a las creencias religiosas y los grupos religiosos*. p. 22

⁴¹¹ *El derecho a la objeción de conciencia*. P. 36

⁴¹² Suprema Corte da Nação Argentina. P. 391. XX.; Portillo, Alfredo s/ infr. art. 44 ley 17.531. 18/04/1989, T. 312, p. 496

Há objeção de consciência não regulamentada quando se favorece o princípio da liberdade religiosa em restrição de outros direitos fundamentais (especialmente da igualdade em sentido formal) e do interesse público.

Em seu aspecto negativo, assim, a objeção de consciência por motivos religiosos *não regulamentada* equipara-se ao direito ao tratamento diferenciado por motivos religiosos. Porém, o termo *objeção de consciência*, normalmente se refere à dispensa de uma obrigação, um ônus, imposto a todos. O tratamento diferenciado por motivos religiosos pode indicar um direito a uma prestação ou abstenção estatal ou de particulares, como o direito de não ser compelido a trabalhar em dias de festas de descanso obrigatório (por exemplo, *Yom Kippur*).

2.1.2.5. Objeções de consciência regulamentadas no direito brasileiro

Nos termos do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 11.689 de 09/06/2008, em seu artigo 438, pode-se recusar à prestação dos serviços de jurado, desde que se preste serviço alternativo, fixado pelo juiz⁴¹³.

Em relação ao serviço militar obrigatório, a Lei nº 8.239, de 04/10/1991, estabelece que cabe ao Estado-Maior das Forças Armadas atribuir o serviço alternativo aos alistados que alegarem objeção de consciência⁴¹⁴. Há dispensa do serviço

⁴¹³ “Art. 438. A recusa ao serviço do júri fundada em convicção religiosa, filosófica ou política importará no dever de prestar serviço alternativo, sob pena de suspensão dos direitos políticos, enquanto não prestar o serviço imposto. (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)

§ 1º Entende-se por serviço alternativo o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, no Poder Judiciário, na Defensoria Pública, no Ministério Público ou em entidade conveniada para esses fins. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)

§ 2º O juiz fixará o serviço alternativo atendendo aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)”

⁴¹⁴ Art. 3º O Serviço Militar inicial é obrigatório a todos os brasileiros, nos termos da lei.

§ 1º Ao Estado-Maior das Forças Armadas compete, na forma da lei e em coordenação com os Ministérios Militares, atribuir Serviço Alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência decorrente de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

§ 2º Entende-se por Serviço Alternativo o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar.

§ 3º O Serviço Alternativo será prestado em organizações militares da ativa e em órgãos de formação de

militar aos clérigos e às mulheres⁴¹⁵.

2.1.2.6. A inadmissibilidade de dispensa de segundo grau

Embora a legislação deva prever uma obrigação alternativa, o objetor não poderá, novamente, alegar a objeção de consciência contra a exigibilidade de obrigação alternativa. Se fosse possível, este seria o caso da dispensa de segundo grau.

Nesse aspecto, decidiu o Tribunal Constitucional Português no sentido de que não há dispensa à obrigação alternativa prevista em lei (objeção de consciência de segundo grau)⁴¹⁶.

2.1.2.7. Os sabatistas e as atividades realizadas nos sábados ou dias santos não reconhecidos por lei

O problema

A Constituição de 1988 silencia quanto a feriados religiosos. No entanto, refere-se ao domingo como *dia preferencial* para o descanso semanal remunerado (artigo 7º, XV, da Constituição).

A “Declaração sobre a eliminação de todas formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções” de 1981, informa que o direito à liberdade religiosa abrange o direito de “observar dias de descanso e de comemorar festividades e cerimônias de acordo com os preceitos de uma religião ou convicção” (artigo 6º, “h”, da Declaração).

Uma diferenciação importante

Trata-se de questão bastante debatida na doutrina especializada na liberdade religiosa. Não são infrequentes concursos públicos e vestibulares realizados no sábado. Da mesma forma, os empregados sabatistas se sentem injustiçados ao se verem

reservas das Forças Armadas ou em órgãos subordinados aos Ministérios Cíveis, mediante convênios entre estes e os Ministérios Militares, desde que haja interesse recíproco e, também, sejam atendidas as aptidões do convocado.”

⁴¹⁵ “Art. 5º As mulheres e os eclesiásticos ficam isentos do Serviço Militar Obrigatório em tempo de paz, sujeitos, porém, de acordo com suas aptidões, a encargos do interesse da mobilização.”

⁴¹⁶ Tribunal Constitucional de Portugal. 2ª. Seção. Acórdão 711/95, Processo 472/94, Relator Bravo Serra.

obrigados a realizar trabalhos durante o sábado, por determinação de seus empregadores.

Embora parcela da doutrina trate conjuntamente as duas questões, entendemos que há necessidade de uma primeira diferenciação, em razão dos princípios em jogo nos casos em análise. Hão de ser levadas em consideração duas realidades completamente distintas: a do Estado e das instituições de educação (que exercem mister estatal), no caso de provas, concursos e vestibulares; e a dos empregadores em geral.

Concursos, provas e vestibulares

No caso de provas, concursos e vestibulares aos sábados, Aldir Guedes Soriano sustenta, com base no princípio da razoabilidade, que devem ser conferidos pela instituição dias alternativos, caso algum candidato ou aluno apresente motivos religiosos. Segundo Aldir Guedes Soriano, “a recusa configuraria uma arbitrariedade, uma vez que a discricionariedade da escolha de uma data propícia para o certame, depende, além da oportunidade e conveniência, da finalidade, sem esquecer, também, a justiça e a equidade. Contra o ato denegatório e arbitrário, como abuso de poder, cabe mandado de segurança.⁴¹⁷”.

A jurisprudência não se encontra consolidada no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Há decisão proferida na Suspensão de Segurança nº 2144⁴¹⁸ e no Agravo Regimental interposto na Suspensão de Segurança nº 389⁴¹⁹.

No segundo caso, o plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu que o estabelecimento de dia alternativo para a prova do Exame Nacional do Ensino Médio - ENEM seria um privilégio. Ressaltou-se que o Ministério da Educação vem proporcionando aos candidatos adventistas a opção de realizar as provas depois do pôr-do-sol do sábado, desde que estejam confinados desde o início das provas. Esta medida,

⁴¹⁷ *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. p. 146

⁴¹⁸ O Ministro Marco Aurélio indeferiu a liminar na Suspensão de Segurança nº 2144. O candidato havia obtido medida liminar perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região. De acordo com a notícia publicada, o Ministro Marco Aurélio entendeu que não havia motivo para a suspensão da segurança, considerando que se tratava de uma liminar de um único candidato. Ademais, caso a liminar não fosse mantida em sentença, o único prejudicado seria o próprio candidato. Notícia do STF de 19/04/2002 – STF mantém decisão favorável a adventista do sétimo dia (disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58669&caixaBusca=N>>, acesso em 07/08/2009).

⁴¹⁹ Informativo do STF nº 570, de 30 de novembro a 04 de dezembro de 2009.

no caso concreto, seria mais condizente com o princípio da neutralidade do que a fixação de dia alternativo para a realização das provas. No entanto, ressaltou-se não ser o posicionamento definitivo da Corte sobre o assunto.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a solução parece estar se direcionando para a manutenção da exigência de comparecimento aos sábados, em casos de concursos públicos. De acordo com os precedentes analisados, o Superior Tribunal de Justiça fundamenta sua decisão no sentido de que a liberdade religiosa não pode ser invocada para favorecer os candidatos sabatistas⁴²⁰ e levando em conta o fato de a administração ser obrigada a obedecer ao disposto no edital do concurso⁴²¹.

No âmbito dos Tribunais Regionais Federais, há precedente no sentido de que “não afeta direito de terceiro ou o interesse público, permitir a realização de prova de concurso público no dia seguinte, àquele que, por imposição de fé religiosa, não pode participar de atividades civis, profanas, no dia do sábado⁴²²”. Também na jurisdição ordinária federal, há decisão no sentido de que, embora o direito à liberdade religiosa não seja absoluto, a realização de provas no sábados fere direitos de sabatistas⁴²³.

No caso, a solução legislada seria a melhor, no sentido de estabelecer horário alternativo de realização de concurso público, mantendo incomunicáveis os candidatos sabatistas. Tal fato manteria a lisura do certame, a vinculação ao edital (o edital seria elaborado de acordo com a lei), sem afronta a direitos de terceiros.

Nesse particular, merece aplauso a Lei Estadual de São Paulo nº 12.142, de 08/12/2005⁴²⁴. A Lei paulista buscou proteger os sabatistas, nas provas de

⁴²⁰ STJ, ROMS 22825, 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, 13/08/2007

⁴²¹ STJ, ROMS 16107, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJ 01/08/2005

⁴²² TRF da 1ª Região, AMS nº 200434.00.008688-1, Rel. Juiz Avio Mozar Jose Ferraz de Novaes, 5ª Turma, DJ 10/12/2008; TRF da 1ª Região, AMS nº 200701000431484, Corte Especial, Rel. DJ 05/05/2008

⁴²³ TRF da 3ª Região, AMS nº 200261000000265, Rel. Juiz Renato Barth, 3ª turma, DJ 22/02/2006, “3. A liberdade religiosa e o direito de não ser privado de direitos por motivos religiosos (art. 5º, VI e VIII, da CF 88), como quaisquer direitos fundamentais, não são absolutos. Aplica-se a eles, no entanto, o princípio da máxima efetividade em matéria de hermenêutica constitucional, que impõe um resultado de interpretação que dê a esses direitos maior eficácia possível.

4. Alegações de desrespeito à isonomia e à impessoalidade administrativa, assim como à vinculação ao edital, que não se aplicam ao caso, já que o próprio edital previu a realização da prova em dias distintos e que vários outros candidatos se submeteram à prova no domingo. ”

⁴²⁴ “ Art. 1º - As provas de concurso público ou processo seletivo para provimento de cargos públicos e os

concursos públicos ou processos seletivos e exames vestibulares. Nesse ponto, observe-se que a referida Lei está sendo objeto de Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal⁴²⁵. Alega-se vício de iniciativa, desrespeito à autonomia universitária e desrespeito à liberdade religiosa.

Não levaremos em conta os demais argumentos. Porém, a Lei paulista veio ao encontro à liberdade religiosa. Não haverá prejuízo ao certame, nem ao direito dos demais candidatos. Inexistindo prejuízo a outros direitos fundamentais, a eficácia da liberdade religiosa será maximizada. Ademais, os sabatistas, embora minoritários, não são em número irrelevante. Há muitas denominações cristãs e também outras religiões que guardam o sábado como dia santo.

De toda sorte, inexistindo a solução legislada, nada impede que o Poder Judiciário exerça sua competência constitucional de determinar a realização da prova em outro horário, desde que tomadas as precauções com a imparcialidade do certame. Não nos parece que o princípio do direito administrativo da adstrição ao edital seja capaz de afastar, no caso concreto, a liberdade religiosa dos sabatistas, se não houver prejuízo aos demais candidatos. Lembre-se, mais uma vez, que os sabatistas não são

exames vestibulares das universidades públicas e privadas serão realizados no período de domingo a sexta-feira, no horário compreendido entre as 8h e as 18h.

§ 1º - Quando inviável a promoção de certames em conformidade com o "caput", a entidade organizadora poderá realizá-los no sábado, devendo permitir ao candidato que alegar motivo de crença religiosa a possibilidade de fazê-los após as 18h.

§ 2º - A permissão de que trata o parágrafo anterior deverá ser precedida de requerimento, assinado pelo próprio interessado, dirigido entidade organizadora, até 72 (setenta e duas) horas antes do horário de início do certame.

§ 3º - Na hipótese do § 1º, o candidato ficará incomunicável desde o horário regular previsto para os exames até o início do horário alternativo para ele estabelecido previamente.

Art. 2º - É assegurado ao aluno, devidamente matriculado nos estabelecimentos de ensino público ou privado, de ensino fundamental, médio ou superior, a aplicação de provas em dias não coincidentes com o período de guarda religiosa previsto no "caput" do artigo 1º;

§ 1º - Poderá o aluno, pelos mesmos motivos previstos neste artigo, requerer à escola que, em substituição à sua presença na sala de aula, e para fins de obtenção de frequência, seja-lhe assegurada, alternativamente, a apresentação de trabalho escrito ou qualquer outra atividade de pesquisa acadêmica, determinados pelo estabelecimento de ensino, observados os parâmetros curriculares e plano de aula do dia de sua ausência.

§ 2º - Os requerimentos de que trata este artigo serão obrigatoriamente deferidos pelo estabelecimento de ensino."

⁴²⁵ STF, ADIN nº 3.714-SP, Relator Ministro Carlos Britto. Não há informação sobre o seu julgamento.

minoria religiosa irrelevante, criada *ad hoc* com o intuito de “dificultar” ou “atrapalhar” a realização do concurso público. Ao contrário, são reconhecidos há séculos ou milênios como praticantes de crença religiosa.

Os dias santos (inclusive o sábado) não reconhecidos por lei e o direito do trabalho

A Constituição Federal, em seu artigo 7º, XV, impõe o repouso semanal remunerado *preferencialmente aos domingos*. Dessa forma, bem ou mal, o Constituinte originário de 1988 optou por dar preferência aos domingos, determinando que este dia seja considerado como o dia do repouso. Assim, no assunto, deve ser respeitada a decisão fundamental, em detrimento de uma interpretação favorável à liberdade religiosa em geral, decorrente da aplicação do artigo 6º, “h”, da “Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções” de 1981.

Em nível infraconstitucional, ainda é vigente a Lei nº 605, de 5 de janeiro de 1949, que, em seu artigo 1º, dispõe que “art. 1º Todo empregado tem direito ao repouso semanal remunerado de vinte e quatro horas consecutivas, preferentemente aos domingos e, nos limites das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local.” Por sua vez, o artigo 5º, parágrafo único, determina que “são exigências técnicas, para os efeitos desta lei, as que, pelas condições peculiares às atividades da empresa, ou em razão do interesse público, tornem indispensável a continuidade do serviço.” Também aplicável ao caso, é o artigo 9º da Lei: “art. 9º Nas atividades em que não for possível, em virtude das exigências técnicas das empresas, a suspensão do trabalho, nos dias feriados civis e religiosos, a remuneração será paga em dobro, salvo se o empregador determinar outro dia de folga.”

A Consolidação das Leis do Trabalho também restringe o trabalho aos domingos, subordinando a sua legalidade à permissão prévia da autoridade competente em matéria de trabalho⁴²⁶.

⁴²⁶ “Art. 68 - O trabalho em domingo, seja total ou parcial, na forma do art. 67, será sempre subordinado à permissão prévia da autoridade competente em matéria de trabalho. “

Nos artigos anteriores, a Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que: “Art. 67 - Será assegurado a todo empregado um descanso semanal de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, o qual, salvo motivo de

Tanto a Constituição quanto a legislação infraconstitucional, estabeleceram que será o *domingo* o dia preferencial do descanso semanal remunerado. Ademais, o empregador pode justificar o trabalho (inclusive no domingo) se houver comprovada exigência técnica.

No direito comparado, em *Braunfeld vs. Brown*⁴²⁷, a Suprema Corte dos Estados Unidos rejeitou o argumento de inconstitucionalidade de empresários judeus ortodoxos que observavam o *shabbat* aos sábados e não obedeciam a lei que determinava o fechamento do comércio aos domingos. No caso, entendeu a Suprema Corte que a “lei do Domingo” (*Sunday Law*) simplesmente regula uma atividade secular e é aplicável aos requerentes, opera simplesmente fazendo a prática de sua religião mais cara. Além disso, o efeito da lei não cria o inconveniente a todos os membros da fé Ortodoxa Judaica, mas apenas aqueles que acreditam ser necessário trabalhar ao domingo.” Em outras palavras, decidiu a Suprema Corte que se os empregadores querem folgar no sábado, que folguem no domingo também.

A solução do problema não será tão simples se o sabatista for o empregado, submetido que está ao poder diretivo do empregador.

No caso, há evidente contraposição de princípios consagrados na Constituição. É a liberdade religiosa de um lado sopesada com o princípio da livre iniciativa, erigida como princípio fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 1º) e também como princípio geral da atividade econômica (artigo 170).

Nesse caso, deve prevalecer o poder diretivo do empregador, considerando a determinação constitucional e a regulamentação existente⁴²⁸.

conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço, deverá coincidir com o domingo, no todo ou em parte.

Parágrafo único - Nos serviços que exijam trabalho aos domingos, com exceção quanto aos elencos teatrais, será estabelecida escala de revezamento, mensalmente organizada e constando de quadro sujeito à fiscalização.”

⁴²⁷ *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961); 366 U.S. 599; *Braunfeld et al. v. Brown*, commissioner of police of Philadelphia, et al.; Appeal from the United States District Court for the Eastern District Of Pennsylvania. No. 67. Argued December 8, 1960. Decided May 29, 1961.

⁴²⁸ Em sentido diverso, Aldir Guedes Soriano escreve que “Uma sociedade justa, fraterna e pluralista, comprometida com o respeito à dignidade do homem, deve favorecer, através da legislação civil, o direito de escolha, de forma que cada ser humano possa observar o dia de descanso ou de guarda, segundo a sua consciência.” *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. p. 143. A mesma opinião parece

Analisando caso semelhante, a título de direito comparado, o Tribunal Constitucional da Espanha decidiu que “quando uma empresa não dispensa um trabalhador do regime laboral, estabelecido a respeito da jornada de trabalho, para possibilitar-lhe o cumprimento de seus deveres religiosos, poderá existir uma incompatibilidade entre os deveres religiosos, que lhe imponham a inatividade laboral, e a execução do trabalho ou o cumprimento de obrigações laborais, mas não uma coerção contrária ao princípio da neutralidade que deve presidir, na matéria, a conduta do empresário.” Assim, decidiu o Tribunal Constitucional que, embora razoável, não há obrigação de se impor ao empresário o dever de dispensa do empregado⁴²⁹.

Assim, concluímos que o empregador não tem o dever de dispensar o empregado no sábado. No entanto, a diretriz do constituinte e da legislação infraconstitucional não afasta a possibilidade de negociação entre patrão e empregado a respeito do assunto⁴³⁰, de modo a afastar qualquer eventual suspeita de perseguição por motivos religiosos.

Os dias de feriado encontram-se fundamentados na Lei nº 9.093, de 12/09/1995. Essa lei determinou que “são feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluído a Sexta-Feira da Paixão.” Nesse momento, não nos interessa refletir sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos feriados religiosos; assunto que será tratado em tópico próprio.

Por sua vez, a dispensa ao trabalho em dias de feriados encontra fundamento no artigo 70 da Consolidação das Leis do Trabalho⁴³¹.

Em razão da maioria católica e da tradição histórica brasileira, é claro que a grande maioria dos feriados religiosos ocorre em dia de comemorações católicas. Em datas comemorativas de outras religiões, muitas vezes não há previsão de dispensa do trabalho na lei.

ser compartilhada por Jayme Weingartner Neto. *Liberdade religiosa na constituição*. p. 238

⁴²⁹ Tribunal Constitucional Espanhol, STC nº 19/1985, BOE 19850305 [BOE 55] Sala Segunda, 13/02/1985

⁴³⁰ Nesse sentido, já decidiu o Tribunal Superior do Trabalho (RR 83876/2003-900-04-00, 8ª Turma, Rel. Min. Dora Maria da Costa, DEJT 31/07/2009).

⁴³¹ Art. 70 - Salvo o disposto nos artigos 68 e 69, é vedado o trabalho em dias feriados nacionais e feriados religiosos, nos termos da legislação própria.

Na doutrina trabalhista, Manoel Jorge e Silva Neto leciona que o empregado confessor de religião minoritária pode pedir ao empregador para faltar o dia ao serviço, desde que o compense em momento posterior⁴³².

Ao contrário dos sábados, que podem ser 52 ou 53 dias no ano, os dias de festa ou descanso obrigatórios consagrados pelas religiões serão em número muito inferior. Dessa forma, diante do direito fundamental à liberdade religiosa e a livre iniciativa, entendemos que, a princípio, os empregados seguidores de religião minoritária podem faltar ao trabalho, desde que haja reposição. A recusa do empregador em conceder o descanso somente pode prevalecer em caso de circunstâncias excepcionálíssimas, de modo que a falta do empregado cause transtornos incontornáveis à empresa.

2.1.2.8. O direito a tratamento público de saúde diferenciado

De acordo com Antonio López Castillo, na Espanha é freqüente a exigência, por parte dos seguidores da confissão religiosa “Testemunhas de Jeová”, do “reembolso dos gastos médicos ocasionados como consequência de terem sido submetidos em uma clínica privada a um tratamento médico e sanitário conforme suas crenças, não dispensada pelo sistema público de saúde⁴³³”.

Por si só, a efetivação do direito à saúde pelo Poder Judiciário não é algo simples. Esbarra em problemas orçamentários, institucionais (princípio da separação de poderes e democrático) e, freqüentemente, ignora as limitações fáticas existentes.

A efetivação do direito à saúde é, em regra, muito cara e, em razão de falta de recursos, o administrador deve escolher qual a prioridade na compra de medicamentos. É sabido que, ao conceder uma liminar determinando a entrega de um medicamento a um particular, na prática o juiz está determinando que o jurisdicionado “fure a fila” do posto de saúde, onde se distribui o medicamento. Pior ainda se o juiz, sem qualquer conhecimento médico, determina que seja realizado um transplante de órgãos, caso em que quem obteve a liminar “fura a fila” do transplante.

A delicada situação se complica ainda mais com a recusa, por motivos

⁴³² Cf. *A proteção constitucional à liberdade religiosa do empregado*. Revista de Direito do Trabalho nº 108, ano 28, outubro-dezembro de 2002. Editora Revista dos Tribunais. p. 217

⁴³³ *Libertad de conciencia y de religión*. Revista española de derecho constitucional. Madrid, v 21, nº 63, sept./dic. 2001, p. 23

religiosos, do tratamento público convencional.

Ao analisar a questão, o Tribunal Constitucional Espanhol decidiu que a Constituição da Espanha garante que não haja discriminação em matéria religiosa, porém não impõe o tratamento diferenciado em matéria religiosa. Dessa forma, entendeu o Tribunal Constitucional Espanhol pela negativa de que se imponha ao Estado o custeio de tratamento diferenciado de saúde, por motivo religioso⁴³⁴.

Em sua decisão, entendemos correto o posicionamento do Tribunal Constitucional Espanhol. Porém discordamos do fundamento, segundo o qual o princípio da isonomia não impõe um tratamento diferenciado. Em nosso entender, a isonomia religiosa impõe sim um tratamento diferenciado; porém, não é razoável o custeio público de uma opção religiosa, mais onerosa do que o tratamento convencional.

2.2. A liberdade de crença

2.2.1. Considerações preliminares

Em nossas considerações anteriores, realizadas anteriormente para fixar os conceitos até agora desenvolvidos, já estabelecemos o contorno da liberdade de crença.

Em que pesem as diferentes conceituações doutrinárias⁴³⁵, a liberdade de crença significa a possibilidade da escolha de uma religião ou nenhuma religião. Implica na possibilidade de mudar de religião⁴³⁶. Também abrange o direito de se determinar de acordo com alguma concepção religiosa.

Diante dessas considerações, passaremos a análise de alguns tópicos problemáticos e de suas soluções, no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2.2. A questão de submeter-se a tratamento de saúde contrário à sua crença

Ao lado dos sabatistas, como judeus ortodoxos e adventistas do sétimo

⁴³⁴ Tribunal Constitucional da Espanha. STC nº 166/1996, BOE 19961203 [BOE 291], Sala Segunda, 28/10/1996

⁴³⁵ Já expostas em itens antecedentes.

⁴³⁶ Artigo II. 1. da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Item 12, I, da Declaração Americana sobre Direitos Humanos (1969).

dia, as doutrinas das Testemunhas de Jeová representam a maior parte das preocupações dos estudiosos da liberdade religiosa, na perspectiva jurídica.

A questão mais debatida diz respeito à obrigatoriedade ou não de submeter-se a tratamento médico, em contrariedade à crença religiosa. Como é sabido, os seguidores da organização religiosa Testemunhas de Jeová se recusam a realizar transfusões de sangue, por considerar a prática contrária aos mandamentos bíblicos.

Antes de entrar na questão propriamente jurídica, observe-se que há discussão, no campo das ciências médicas, a respeito da importância e necessidade da transfusão de sangue. Há relatos de tratamento alternativo sem sangue⁴³⁷ e estudos acerca dos efeitos adversos da utilização do sangue humano na medicina⁴³⁸.

Não entraremos nessa questão. Nossa análise será feita, a partir de uma perspectiva jurídica. Em nossa análise, partiremos do pressuposto de que o tratamento com sangue é necessário e adequado ao tratamento de doenças e intervenções cirúrgicas. Essa parece ser a idéia preponderante na medicina atual.

Se um dia essa idéia (necessidade da utilização de sangue) vier a ser negada pelas ciências médicas, as conclusões jurídicas devem ser alteradas. Aliás, entendemos que, nesse caso, sequer haveria lide, pois deixaria de haver colisão de princípios constitucionais consagrados (saúde e liberdade de crença).

Na perspectiva jurídica, há hipóteses a serem consideradas, todas no caso de recusa de tratamento médico, por: (i) maior e capaz; (ii) maior, sem condições de manifestar sua vontade, representado; (iii) menor, com alguma capacidade de manifestar

⁴³⁷ Cf. Vidal Cavalcante. *Transplante de medula é feito em SP sem transfusão de sangue*. O Estado de São Paulo, quarta-feira, 03/01/2007, p. a 16. Cf. *Tecnologia a serviço da religião*. <http://globoreporter.globo.com/Globoreporter/0,19125,VGC0-2703-3131-3-48077,00.html> 9/2/2006. Cf. *Cientistas britânicos criam sangue de plástico*. Terra - Notícias - Ciência e Meio Ambiente - Pesquisas <http://noticias.terra.com.br/ciencia/interna/0,,OI1607888-EI8148,00.html>, em 11/05/2007 Cf. Lawrence T. Goodnough, Aryeh Shander, and Richard Spence. *Bloodless medicine: Clinical Care without allogenic blood transfusion*. *Transfusion*. Volume 43, May 2003:668-676 (artigo citado em palestra do Dr. Juan Carlos Montano, encaminhada por colegas Testemunhas de Jeová; desconhecemos, no entanto, o artigo médico; citamos a título exemplificativo).

⁴³⁸ Hunter N et cols. *J Gen Virol. Transmission of prion diseases by blood transfusion*. 2002 Nov; 83 (Pt 11): 2897-905; G. F. Nash et cols. *Stored Blood products stimulate cancer growth. British Journal of Surgery*. 2002; 89 (s1):19 (artigos citados em palestra do Dr. Juan Carlos Montano, encaminhada por colegas Testemunhas de Jeová; desconhecemos esses artigos médicos; citamos a título exemplificativo).

sua vontade, representado; e (iv) menor, sem capacidade de manifestar sua vontade.

Após essa análise, cabe a indagação de quais as consequências jurídicas de o médico realizar o tratamento, ainda que haja a recusa legítima por parte do paciente ou de seu familiar.

Na parte que trata dos direitos da personalidade, o artigo 15 do Código Civil determina que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.”

Em uma interpretação simplista e *contrario sensu*, poderia se admitir que todos podem ser submetidos a tratamento de saúde, desde que não houvesse risco de vida no tratamento. Ou seja, por exemplo, todos nós poderíamos ser compulsoriamente submetidos a tratamento estético perante um dermatologista, desde que o tratamento não trouxesse risco de vida.

Porém, interpretação que consagre a compulsoriedade de tratamento médico, seja qual for, não parece consentânea com os princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana.

Assim, a melhor interpretação da legislação infraconstitucional deve conduzir ao sentido de que *todos podem se opor a tratamento médico, ainda que esteja em risco de vida*. Essa interpretação, além de mais consentânea com o restante do ordenamento jurídico, não afronta a literalidade do dispositivo.

Diante disso, concluímos que a recusa ao tratamento médico por pessoa maior e capaz é absolutamente legítima, desde que a recusa seja expressa e livre. Não há motivos para se desconsiderar a vontade do próprio paciente, realizada de maneira expressa.

O principal argumento contrário diz respeito à indisponibilidade do direito a vida. Porém, no caso, a liberdade de crença, o direito à privacidade e o direito de autodeterminação do paciente devem prevalecer⁴³⁹. Até porque a recusa a tratamento

⁴³⁹ Em argumento favorável à recusa do tratamento médico pelos Testemunhas de Jeová, Celso Bastos distingue a inviolabilidade da indisponibilidade. “Insista-se, neste ponto, que a Constituição acaba por assegurar, tecnicamente falando, a inviolabilidade do direito à vida, assim como faz quanto à liberdade, intimidade, vida privada, e outros tantos valores albergados constitucionalmente. Não se trata, propriamente, de indisponibilidade desses direitos. Realmente, não há como negar juridicidade a ocorrências nas quais pessoas se despojam inteiramente, v.g., de sua privacidade. Não se vislumbra

médico não é vedada por Lei, conforme a correta interpretação do artigo 15 do Código Civil.

No caso de manifestação prévia da vontade, por pessoa maior e capaz, a solução a ser adotada é a acima referida. A recusa permanece sendo válida⁴⁴⁰. Por manifestação prévia, consideramos aquela em que a pessoa recusa-se a determinado procedimento médico, ainda antes de iniciado o tratamento. A manifestação prévia é válida, ainda que no momento da necessidade do tratamento médico, o paciente esteja inconsciente.

Passemos à análise de outro ponto problemático: a possibilidade da recusa, pelo representante legal, de tratamento médico.

Nessa hipótese, não há manifestação expressa de vontade. Há manifestação de vontade por representação-imputação. A vontade do representante é imputada juridicamente ao representado, pois este não pode manifestar sua vontade.

Assim, a recusa do representante legal não pode ser considerada válida, para a finalidade de se impedir o tratamento médico convencional. A liberdade de crença, para prevalecer no caso, deve ser absolutamente inequívoca e livre. A crença, ainda que possa ser manifestada publicamente, é interna e personalíssima à própria pessoa; a decisão de não se submeter a tratamento médico, que pode salvar-lhe a vida terrena em nome de uma vida divina também. Mesmo se houver comprovação de que é adepto de determinada religião (por exemplo: Testemunhas de Jeová) não significa que o paciente debilitado aprove todos os seus dogmas e mandamentos. Um católico, ainda que fervoroso praticante, pode se utilizar de métodos anticoncepcionais. Da mesma forma, um adepto das Testemunhas de Jeová pode não estar disposto a correr risco de vida por sua religião.

qualquer ato atentatório ao Direito em tais circunstâncias. Por inviolabilidade deve compreender-se a proteção de certos valores constitucionais contra terceiros. Já a indisponibilidade alcança a própria pessoa envolvida, que se vê constrangida já que não se lhe reconhece qualquer discricionariedade em desprender-se de determinados direitos. No caso presente, não se fala em indisponibilidade, mas sim inviolabilidade. O que a Constituição assegura, pois, é a ‘inviolabilidade do direito à vida’. (art. 5º, caput.)”. *Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas*. p. 496

⁴⁴⁰ Cf. Celso Bastos. *Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas (parecer)*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v.90. n.787. jul/2001, p 506

Assim, para a recusa a tratamento médico tradicional, a manifestação por representação ou presumida não pode ser aceita.

Em relação aos menores, é importante a análise do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), aprovado pela Lei nº 8.069, de 13/07/1990.

Em consonância com a Constituição Federal, o ECA assegura às crianças e adolescentes a liberdade de crença e culto religioso⁴⁴¹. Também impõe que a vontade da criança e do adolescente seja considerada, no caso de colocação em família substituta⁴⁴². Em caso de adotando maior de 12 anos, é necessário o seu consentimento⁴⁴³.

Diante disso, percebe-se que a legislação infraconstitucional reconhece valor jurídico à vontade da criança ou do adolescente. Nesse último caso, sendo maior de 12 anos⁴⁴⁴, a vontade do adolescente é insuperável no caso de adoção.

Dessa forma, sempre que possível, a opinião do menor deve ser considerada. O menor é titular de direitos fundamentais, sendo que a crença é opção pessoal.

A crença religiosa do menor deve ser respeitada, ainda que em confronto com a vontade dos pais. A esse respeito, no direito comparado, o Tribunal Constitucional da Espanha entendeu cabível a restrição ao direito de visitas do pai que não respeitava a opção religiosa dos filhos e obrigava-os a frequentar determinada

⁴⁴¹ “Art. 16. O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

(...)

III - crença e culto religioso;”

⁴⁴² “Art. 28. A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou adolescente, nos termos desta Lei.

§ 1º Sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada.”

⁴⁴³ “Art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou do representante legal do adotando.

§ 1º. O consentimento será dispensado em relação à criança ou adolescente cujos pais sejam desconhecidos ou tenham sido destituídos do pátrio poder.

§ 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos de idade, será também necessário o seu consentimento.”

⁴⁴⁴ Para efeitos do ECA, considera-se criança a pessoa de até 12 anos incompletos. Adolescente será a pessoa de 12 anos até 18 anos incompletos. Assim, nem todo adolescente é maior que 12 anos.

organização religiosa⁴⁴⁵.

Assim, entendemos que a manifestação de vontade inequívoca e livre da criança e do adolescente deve ser considerada, no caso da recusa de tratamento médico convencional⁴⁴⁶. E, frise-se, ainda que contra a vontade dos pais.

Tereza Rodrigues Vieira e Érica Silvana Saquetti Martins defendem a prevalência da vontade do menor com “amadurecimento espiritual e emocional” de recusar-se ao tratamento⁴⁴⁷.

Porém, se não houver manifestação inequívoca de vontade do menor, deve-se optar pelo tratamento convencional. Entendemos que a manifestação do menor deve ser considerada, especialmente se se tratar de adolescente, conforme critério legal presente no ECA.

Em sentido análogo ao que concluímos, pode ser citado um julgado do Tribunal Constitucional Espanhol, sobre a posição do *garante* no homicídio por omissão e a liberdade religiosa das Testemunhas de Jeová. No caso concreto, tratava-se de processo penal contra os pais de um menino de 13 anos, por homicídio por omissão. O menor havia se recusado a receber transfusão de sangue. Os pais não tentaram dissuadi-lo, nem autorizaram expressamente a transfusão. A acusação baseou-se no fato de que o menor não tinha capacidade legal para tomar a decisão que acabou por causar-lhe a morte; por essa razão os pais como detentores de poder familiar (“*patria potestad*”) estavam

⁴⁴⁵ Tribunal Constitucional da Espanha. Sentencia 141/2000. Publicación BOE 20000630, Registro 4233/1996

⁴⁴⁶ Nesse ponto, Celso Bastos não faz qualquer distinção. Para o renomado autor, a opinião dos pais, como representantes legais do menor deve ser sempre respeitada. ‘Cf. *Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas*. p. 504 e 505. “Sabe-se que o pátrio poder inclui a tomada de decisões que envolvem toda a vida dos filhos menores sob sua tutela. Não se pode negar, pois, a tomada de decisões pelos pais, desde que os filhos sejam atingidos pela incapacidade jurídica de decidirem por si mesmos. A decisão sobre não submeter-se a determinado tratamento médico, como visto, é perfeitamente legítima e, assim, inclui-se, como qualquer outra, no âmbito da decisão dos pais quando tratar-se de filho menor de idade.” p. e 507. A posição de Celso Bastos é extremada e leva ao absurdo de os pais representarem o filho no ato personalíssimo da crença religiosa. Não se pode conceber, por exemplo, que um filho de 17 anos que não confesse a mesma fé e queira se tratar por meios convencionais seja impedido pelos pais.

⁴⁴⁷ Cf. *Menores testemunhas de Jeová e os tratamentos alternativos à transfusão*. p. 19. Em que pese essa opinião, com a qual concordamos, as autoras acabam por concluir que cabe aos pais decidirem sobre o tratamento de seus filhos.

obrigados a tomar todas as precauções contra o resultado danoso. O hospital chegou a obter ordem judicial para efetuar a transfusão de sangue. Porém, o menor se opôs, com grande “terror” e “excitação”. Os pais tentaram, então, obter tratamento médico compatível com sua própria religião. Porém, o menor veio a falecer. Diante dessa descrição pormenorizada dos fatos, o Tribunal Constitucional entendeu por bem absolver os pais, por fundamento na liberdade religiosa destes e do próprio menor (que exerceu direito a autodeterminação do próprio corpo). A negativa do menor não seria irrelevante para o caso, especialmente considerando a reação contrária à decisão judicial que havia permitido a transfusão. Por fim, o Tribunal Constitucional entendeu que a decisão judicial que havia permitido a transfusão de sangue era acertada em razão da “vida ser um valor superior do ordenamento jurídico constitucional.”⁴⁴⁸

Diante desse julgado, percebe-se que a vontade do adolescente foi considerada pelos médicos e pelo Tribunal Constitucional, ainda que, em tese, se tivesse entendido que o direito à vida seria de hierarquia superior.

Por fim, analisaremos as responsabilidades do médico ou do hospital, que submete compulsoriamente a tratamento médico paciente que o recusou legitimamente, com base na sua liberdade de crença.

No caso do direito civil, sem dúvida, entendemos que poderá haver indenização por danos morais. Lembre-se que ocorreu, certamente, lesão a direito da personalidade, que se consubstancia no direito à disposição do próprio corpo e da sua liberdade de crença. Porém, em benefício do médico ou do hospital, é cabível a redução equitativa da indenização pelo juiz, nos termos do artigo 944, parágrafo único, do Código Civil, dada a boa-fé presumida dos agentes⁴⁴⁹.

2.3. A privacidade em matéria religiosa

2.3.1. Considerações gerais

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, X, assegura a intimidade e a

⁴⁴⁸ Tribunal Constitucional da Espanha. Sentencia 154/2002, Publicación BOE 20020807, Registro 3468/1997

⁴⁴⁹ “Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

vida privada nos seguintes termos: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

No campo da liberdade religiosa, o direito à privacidade implica na impossibilidade de o Estado indagar a respeito das convicções religiosas dos indivíduos. A vedação se estende aos particulares, como empregadores, que possuam posição de ascensão sobre o indivíduo.

A recusa a responder a questão não pode ser interpretada de maneira desfavorável ao questionado⁴⁵⁰.

Há duas exceções: (i) o questionamento ser realizado para fins meramente estatísticos⁴⁵¹; e (ii) o questionado haver levantado objeção de consciência ou tratamento diferenciado em razão de crença religiosa.

O ensino religioso nas escolas públicas, embora instituído pelo Poder Constituinte Originário, levanta problemas de ordem prática em relação ao direito à intimidade religiosa. Ao se admitir que o estudante abandone a sala de aula, de certa forma, está se obrigando a revelar opções religiosas⁴⁵².

2.3.2. Os juramentos religiosos ou não

O Estado não pode exigir a prestação de juramento religioso.

Nesse sentido, a Corte Européia de Direitos Humanos, em *Buscarini and others v. San Marin*⁴⁵³, decidiu que viola o artigo 9º da Convenção Européia, exigir juramento religioso. Nesse ponto, a legislação eleitoral de San Marino exigia o juramento religioso pelos *santos evangelhos (holy gospels)*, para a posse como membro no Parlamento.

No direito comparado, sobre o juramento em geral (não religioso), a

⁴⁵⁰ Cf. Jayme Weingartner Neto. *Liberdade religiosa na constituição*. p. 128

⁴⁵¹ O artigo 136 da Constituição da Alemanha de 1919 determina nesse sentido. O artigo permanece em vigor por força do artigo 140 da Constituição da Alemanha de 1949. No mesmo sentido o artigo 43.3 da Constituição de Portugal de 1976.

⁴⁵² No mesmo sentido, Jónatas Eduardo Mendes Machado. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. p. 234

⁴⁵³ CEDH. *Affaire Buscarini et autres c. Saint-Marin*. Case of *Buscarini and others v. San Marino*. Requête n°/application no. 24645/94. Strasbourg, 18 février/February 1999

Corte Suprema da Nação Argentina decidiu que o juramento, quando referente “ao fiel exercício da profissão e cumprimento das leis respectivas”, como requisito imposto à entrega do título universitário, não viola o direito de exercer livremente o culto⁴⁵⁴.

Não concordamos com o precedente argentino. Há religiões que proíbem a realização de juramentos em geral. Nesses casos, pelo menos no direito brasileiro, deve-se reconhecer o direito de abster-se do juramento, até por que não há maiores conseqüências práticas. A configuração do falso testemunho, por exemplo, independe da existência de juramento prévio⁴⁵⁵. Da mesma forma, eventual improbidade de um servidor público não dependerá do fato de tal servidor ter ou não jurado “respeitar a Constituição e as leis do país”, por ocasião de sua posse.

Assim, considerando que não há maiores conseqüências na sua não realização, entendemos que não se deve exigir juramento de quem quer que seja.

⁴⁵⁴ Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina. “Agüero”, Fallos, 214:139; 1949

⁴⁵⁵ Código Penal: “Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001)

Pena - reclusão, de um a três anos, e multa.”

3. Aspectos relacionados às organizações religiosas

3.1. Considerações gerais

Nesse ponto, esclarece-se, desde já, que as considerações e conclusões acerca dos aspectos da liberdade religiosa ligados aos indivíduos são aplicáveis, no que couber, às sociedades e organizações religiosas. É certo, por exemplo, que uma pessoa jurídica (empresa ou organização religiosa) não tem *consciência* própria, motivo pelo qual as considerações pertinentes, voltadas aos indivíduos, não são inteiramente aplicáveis às organizações religiosas.

Optou-se por distinguir os aspectos ligados às sociedades e organizações religiosas, pois há problemas jurídicos que se manifestam, na mais das vezes, através de organizações religiosas. Há, ainda, problemas exclusivos de organizações religiosas, como a imunidade tributária.

3.2. A liberdade de organização religiosa

É evidente que há proteção da liberdade religiosa fora das organizações religiosas⁴⁵⁶. Porém, o direito à organização da pessoa jurídica de finalidade religiosa é muito importante na tutela da liberdade religiosa. Não é por acaso que, popularmente, perguntar “de qual igreja você é” tem o mesmo significado de “em qual religião você acredita”. Assim, a organização religiosa, denominação imposta por lei às “igrejas”, é elemento central da vida religiosa dos indivíduos.

A *liberdade de organização religiosa* é o aspecto da liberdade religiosa que diz respeito à possibilidade de instituição de pessoas jurídicas com finalidades religiosas⁴⁵⁷. Além disso, por essa liberdade, permite-se a auto-organização e administração das organizações religiosas, de acordo com suas crenças, bem como permite a existência de meios para seu financiamento⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶ É totalmente possível a existência de adeptos (fiéis), mesmo antes da personificação jurídica da organização religiosa.

⁴⁵⁷ Cf. José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 253

⁴⁵⁸ Em relação ao financiamento da organização religiosa: artigo 6º, “f”, da Declaração sobre a eliminação

Em simples conceito, organização religiosa é a pessoa jurídica com finalidade religiosa, como a organização de cultos e o ensino e divulgação de crenças religiosas.

Atualmente, há regulamentação, ainda que muito tímida, das organizações religiosas no direito brasileiro. A Lei nº 10.825, de 22 de dezembro de 2003 alterou o artigo 44 do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), reconhecendo as organizações religiosas como pessoas jurídicas de direito privado em figura autônoma, ao lado das associações, sociedades e partidos políticos. Porém, ao regulamentar as organizações religiosas, a Lei limitou-se a dispor que “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.” (artigo 44, § 1º, do Código Civil).

O legislador brasileiro foi feliz em vedar ao poder público a negativa do registro das organizações religiosas.

No direito comparado, nota-se que há países europeus que concedem um registro “provisório” às sociedades religiosas, negando alguns direitos reconhecidos a outras organizações religiosas.

A Corte Européia de Direitos Humanos, porém, vem condenando esse procedimento. No caso, *Lang X Áustria*⁴⁵⁹, Testemunhas de Jeová tentavam se esquivar de prestar serviços militares obrigatórios. A Áustria negou-lhe tal direito, pois não pertenceria a “sociedade religiosa reconhecida”. Estas eram reconhecidas pelo *1874 Recognition Act*. No caso, nos termos da legislação austríaca, as Testemunhas de Jeová eram uma *comunidade religiosa*, não uma *organização religiosa* reconhecida. A Constituição da Áustria, em seu artigo 9º, § 3º, prevê escusa de consciência, com serviços alternativos. Essa escusa é regulamentada por lei ordinária. O reconhecimento da organização religiosa era uma condição para a escusa de consciência. A Corte entendeu atentatória ao princípio da isonomia religiosa a distinção entre sociedades religiosas reconhecidas e as não reconhecidas.

A mesma Corte Européia dos Direitos Humanos entendeu desarrazoada a exigência, pela legislação austríaca, de que a comunidade religiosa deveria ter como

de todas formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções (1981).

⁴⁵⁹ CEDH. Application 28648/03, 19/03/2009 (1ª Seção)

seguidores 2% dos cidadãos austríacos ou 20 anos de existência na Áustria⁴⁶⁰.

Diante desses precedentes no direito comparado, entendemos correta a opção do legislador brasileiro de não condicionar o reconhecimento de uma organização religiosa a ato de autoridade pública.

Sob o olhar do direito societário brasileiro, Damião Alves de Azevedo reconhece que as organizações religiosas possuem natureza jurídica de uma associação, por se tratar de um agrupamento de pessoas sem finalidade lucrativa⁴⁶¹. Porém, o legislador brasileiro deu maior liberdade de arranjo institucional às organizações religiosas, em razão de suas peculiaridades.

Os artigos 59 e 60 do Código Civil impõem uma gestão democrática das associações, mediante manifestações de vontade emanadas pela assembléia geral⁴⁶².

O procedimento democrático, no entanto, não se coaduna com o *modus operandi* de organizações religiosas. As decisões são tomadas, na mais das vezes, considerando o critério da hierarquia. A religiosidade baseia-se no interior de cada indivíduo, em convicções pessoais e em revelações divinas particulares. Assim, a regra da maioria e o princípio democrático perdem espaço nas organizações religiosas. O convencimento íntimo da liderança é, nesses termos, mais importante do que a opinião dos demais e tende a prevalecer na prática.

A hierarquia muitas vezes encontra fundamento em revelações religiosas. É estabelecida em normas internas de cada religião⁴⁶³. Dessa forma, não há

⁴⁶⁰ CEDH, Verein der freunde der christengemeinschaft X Austria; Application no. 76581/01, 1ª Seção, 26/02/2009

⁴⁶¹ Cf. *Partidos políticos, organizações religiosas e instituições confessionais: sua adequação ao novo Código Civil e a continuidade de convênios públicos*. Revista CEJ, Brasília, n. 32, jan./mar. 2006. P. 102

⁴⁶² “Art. 59. Compete privativamente à assembléia geral: (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

I – destituir os administradores; (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

II – alterar o estatuto. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

Parágrafo único. Para as deliberações a que se referem os incisos I e II deste artigo é exigido deliberação da assembléia especialmente convocada para esse fim, cujo quorum será o estabelecido no estatuto, bem como os critérios de eleição dos administradores. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)

Art. 60. A convocação dos órgãos deliberativos far-se-á na forma do estatuto, garantido a 1/5 (um quinto) dos associados o direito de promovê-la. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)”

⁴⁶³ Cf. Damião Alves de Azevedo. *Partidos políticos organizações religiosas e instituições convencionais*.

critérios democráticos obrigatórios na escolha de padres, bispos, apóstolos, evangelistas, pais-de-santo, ou quaisquer outros guias ou líderes espirituais.

De fato, o legislador brasileiro percebeu essa diferente realidade das organizações religiosas e merece aplausos ao conferir maior liberdade ao arranjo institucional das organizações religiosas. Não pode o Estado pretender decidir, nem mesmo legislativamente, a respeito das escolhas dos líderes religiosos.

A esse respeito, também é interessante a menção a precedente da Corte Européia de Direitos Humanos. A Corte Européia julgou como violador da Convenção Européia o *Religious Denominations Act 2002*, da Bulgária⁴⁶⁴. Este ato, entre outras coisas, previu a organização da Igreja Ortodoxa Búlgara, para solucionar divergência acerca da escolha de seu líder máximo. No caso, em razão de a Igreja Ortodoxa Búlgara ser supostamente importante para a união nacional, a Bulgária tentou uma solução legislativa. Decidiu a Corte Européia que “medidas estatais favorecendo um particular líder de uma comunidade religiosa dividida ou buscando compelir a comunidade, ou parte dela, a submeter-se a um único líder contra sua vontade constitui infração à liberdade de religião.” Entendeu também que “o pluralismo, que é a base da democracia, é incompatível com a ação do Estado forçando a comunidade religiosa a se unir sob uma única liderança”.

Em que pese a liberdade de organização religiosa ser superior à de uma associação, entendemos que há alguns dispositivos aplicáveis do Código Civil nesta matéria.

O artigo 57 do Código Civil⁴⁶⁵, o qual trata das associações, também é aplicável às organizações religiosas. O artigo 57 trata do direito de defesa, garantido ao associado, para a exclusão da organização. Nesse ponto, o direito ao contraditório e à ampla defesa são princípios consagrados constitucionalmente, aplicáveis também ao âmbito privado, conforme reconhece o Supremo Tribunal Federal⁴⁶⁶. Não há nenhuma

p. 102

⁴⁶⁴ CEDH, Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) X Bulgaria. Applications 412/03 and 35677/04; 22/01/2009

⁴⁶⁵ “Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)”

⁴⁶⁶ STF, 2ª turma, RE nº 201.819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie; Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ

razão para excluir as organizações religiosas do âmbito de incidência desse direito fundamental procedimental.

Porém, a justa causa para a exclusão, sendo de índole religiosa, não poderá ser analisada em seu mérito pelo Poder Judiciário, sob pena de se violar o princípio da neutralidade do Estado.

Há outro aspecto a ser comentado acerca das organizações religiosas. Assim como as associações em geral, as organizações religiosas não podem ter o objetivo de lucro. Embora a legislação seja omissa a respeito, as organizações religiosas não podem perseguir lucro sob pena de seu objeto social não ser considerado como a simples atividade religiosa.

Essa interpretação é a mais consentânea com a imunidade dos templos de qualquer culto. Atividades econômicas privadas, mesmos quando exercidas pelo Estado, estão submetidas ao regime tributário comum. Não se pode conceder privilégios econômicos, sob pena de afronta a princípio constitucional da ordem econômica. Assim, a imunidade dos templos não pode ser conferida a quem tenha finalidade lucrativa⁴⁶⁷.

No direito comparado, em Portugal, a Lei nº 16/2001, de 22 de junho, distingue para efeitos do enquadramento em regime jurídico das organizações religiosas as atividades de *fins religiosos* das atividades de *fins não religiosos*⁴⁶⁸. Seriam atividades de fins religiosos as do exercício do culto e dos ritos, de assistência religiosa, de formação dos ministros do culto, de missões e difusão da confissão professada e de ensino da religião. De acordo com a legislação portuguesa, fins comerciais e de lucro estão entre os

26/10/2006

⁴⁶⁷ Nesse mesmo sentido, embora tratando de hipótese distinta, Ives Gandra da Silva Martins. *Imunidades condicionadas e incondicionadas. Inteligência do artigo 150, inciso VI, e § 4º e artigo 195, § 7º, da Constituição Federal (parecer)*. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 28, jan/1998. p. 79

⁴⁶⁸ “Artigo 21.º - Fins religiosos

1. Independentemente de serem propostos como religiosos pela confissão, consideram-se, para efeitos da determinação do regime jurídico:

a) Fins religiosos, os de exercício do culto e dos ritos, de assistência religiosa, de formação dos ministros do culto, de missão e difusão da confissão professada e de ensino da religião;
b) Fins diversos dos religiosos, entre outros, os de assistência e de beneficência, de educação e de cultura, além dos comerciais e de lucro.

2 - As actividades com fins não religiosos das igrejas e comunidades religiosas estão sujeitas ao regime jurídico e, em especial, ao regime fiscal desse género de actividades.”

fins diversos dos religiosos, possuindo tratamento fiscal das empresas em geral.

No direito pátrio, não há tratamento diferenciado entre as diversas atividades que podem ser desenvolvida por uma organização religiosa. Porém, não se concebe que uma organização religiosa tenha objetivo de lucro, pelos motivos acima descritos.

3.2.1. A liberdade de organização religiosa – análise de precedente do Supremo Tribunal Federal

A partir de uma dissidência da Igreja Católica Apostólica Romana, em 1945, Dom Carlos Duarte Costa fundou a Igreja Católica Apostólica do Brasil.

Em virtude de parecer de Haroldo Valladão, o Consultor-Geral da República, aprovado pelo Presidente da República, foi proibido o culto da Igreja Católica Apostólica do Brasil.

Após a impetração do Mandado de Segurança nº 1114, o Supremo Tribunal Federal denegou a segurança, sob o fundamento de que não haveria culto próprio da Igreja Católica Apostólica Brasileira, cujos líderes usavam vestes sacerdotais e insígnias com as solenidades externas da Igreja Católica Apostólica Romana. Entenderam os ministros do Supremo Tribunal Federal que teria havido “imitação” da Igreja Católica Romana por parte da Igreja Católica Brasileira, o que causara confusão, contrária à ordem pública⁴⁶⁹.

Nos termos do voto do Ministro Relator Lafayette de Almeida, “o Governo não criou impedimento à existência da igreja em que o impetrante é chefe: proibiu sim o culto público, em lugares públicos, por entender que nessa prática havia manifesta confusão, com os costumes, com as solenidades externas da Igreja Católica Romana.”

O Ministro Abner Vasconcelos manifestou-se de maneira ainda mais explícita em favor da Igreja Católica Romana. Afirma expressamente a supremacia da

⁴⁶⁹ STF, MS nº 1114, Rel. Min. Lafayette de Andrada, j. 17/11/1949. Resumo disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico&pagina=ms1114>> , acesso em 17/08/2009. O inteiro teor desse acórdão do Supremo Tribunal Federal encontra-se transcrito nos *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, Vol. I, artigos 1º a 5º, I a LXVII, páginas 234 a 251, de José Cretella Jr.

religião (católica) sobre o poder temporal⁴⁷⁰.

No caso, restou vencido o Ministro Hanneman Guimarães. Considerou que o cisma é, no máximo, um delito espiritual.

Ao comentar esse precedente do Supremo Tribunal Federal, José Cretella Jr. afirma que “(...) se Lutero, Calvino ou John Knox tivessem ressuscitado e impetrado mandado de segurança perante esses magistrados supremos, teriam seus pedidos denegados, não obstante o dispositivo constitucional expresso assecutorário do livre exercício do culto religioso no Brasil.⁴⁷¹”

De fato, o Supremo Tribunal Federal da época manifestou-se claramente a favor da Igreja Católica Romana e restringiu cultos públicos da Igreja Católica Brasileira, se imiscuindo em aspectos religiosos, em total dissonância com o consagrado pela Constituição.

3.3. A liberdade de culto

3.3.1. Considerações preliminares

O artigo 5º, inciso VI, da Constituição Federal assegura o “livre exercício dos cultos religiosos.”

A prática religiosa conhece no exercício dos atos de culto (*exercitium religionis*) um de seus elementos fundamentais⁴⁷².

O culto se realiza por manifestações exteriores de crenças religiosas, através de práticas mais ou menos ritualísticas. São exemplos de manifestação de culto religioso: orações, certas formas de meditação, jejum, leitura, estudo de livros sagrados, serviços religiosos nos templos, homilias, pregações, procissões, sacrifícios rituais, entre outros⁴⁷³. O culto, assim, deve ser entendido em sentido amplo, não se resumindo apenas a adoração ou veneração de Deus ou de outros seres espirituais superiores. Por nossa acepção, um médium espírita, ao se comunicar com mortos, pratica culto religioso,

⁴⁷⁰ “Não se pode subestimar o valor da religião católica, poder que sobrepaira todos os poderes (...)”

⁴⁷¹ Cf. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. p. 250

⁴⁷² Cf. Jónatas Eduardo Mendes Machado. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. p. 229

⁴⁷³ Cf. Jayme Weingartner Neto. *Liberdade religiosa na constituição*. p. 121

protegido pela Constituição Federal.

Assim, a liberdade de culto tutela a iniciativa, organização e a prática de cultos religiosos.

O culto e a sua proteção constitucional não se manifestam apenas dentro ou sob a tutela das organizações religiosas. No entanto, preferimos tratar a questão em tópico próprio das organizações religiosas. Isso porque se pode dizer, sem exagero, que o culto em sentido amplo é a própria razão de ser das organizações religiosas. Sem o elemento culto, as organizações religiosas seriam apenas associações sem fins lucrativos.

Há uma distinção a ser considerada. O culto poderá ser interior aos templos ou exterior aos templos. As missas, reuniões, estudos sagrados, comunicação com espíritos, entre outros, são normalmente realizados em cultos internos nos templos, ainda que abertos ao público. Como manifestação de cultos exteriores aos templos, podemos citar as “Marchas para Jesus”, procissões, shows evangélicos ou similares, entre outros.

3.3.2. A interpretação da segunda parte do artigo 5º, VI, da Constituição

A segunda parte do artigo 5º, VI, da Constituição determina o respeito ao fenômeno religioso, pois garante, “na forma da lei, a proteção dos locais de culto e a suas liturgias”.

No Brasil, não há uma lei geral sobre liberdade religiosa. Assim, na ausência de lei que regulamente a questão, a proteção as liturgias deve ser encarada como a proteção aos ritos religiosos, ou seja, ao próprio culto religioso.

Nesse ponto, a Encíclica “Mediator Dei”, do Papa Pio XII, afirma expressamente que “liturgia é o culto público”.

Ao garantir a proteção aos locais de culto, nos termos da lei, a Constituição reconhece nos templos religiosos uma parcela importante do fenômeno religioso. Assim, acaba por conferir *dupla* proteção aos cultos religiosos realizados dentro dos templos.

Por outro lado, reconhece que lei poderá regulamentar esse direito fundamental.

3.3.3. Os cultos externos ao templos

A Constituição Federal garante, em princípio, tanto o culto interno aos templos como os cultos externos.

Porém, os cultos externos tendem a afetar mais outros direitos fundamentais que os cultos internos. Ao contrário dos cultos internos, os cultos externos demandam uma intervenção positiva de autoridades estatais, que devem garantir o acesso a rotas alternativas de trânsito, garantir a segurança dos manifestantes, etc.

Assim, o culto externo, embora também protegido pela liberdade religiosa, passa a ter as limitações do direito de reunião, protegido pelo artigo 5º, XVI, da Constituição Federal⁴⁷⁴. De acordo com o dispositivo constitucional, há duas limitações expressas: aviso prévio à autoridade competente e inexistência de outra manifestação marcada para o mesmo local.

Nesse tema, a jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal tem dado interpretação bastante ampla à liberdade de reunião. Há precedente no sentido de que não há possibilidade de restrição do direito de reunião por decreto do Governador do Distrito Federal que vedava alguns tipos de manifestações na Praça dos Três Poderes, Esplanada dos Ministérios e Praça do Buriti⁴⁷⁵. Em votos dos Ministros Gilmar Mendes, Nelson Jobim e Enrique Ricardo Lewandowski não se afastou a possibilidade de restrição do direito fundamental à liberdade de reunião, desde que razoável e proporcional. Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Eros Grau também votaram pela inconstitucionalidade formal do decreto do Governador do Distrito Federal, em virtude de reserva de lei. Sepúlveda Pertence entendeu que a restrição no caso seria inconstitucional, seja qual for a modalidade da legislação utilizada. Carlos Britto entendeu não haver espaço para a regulamentação do direito de reunião, em razão de tratar-se de norma de eficácia plena.

No direito comparado, também sobre a liberdade de reunião, o Tribunal Constitucional da Espanha afirma que há apenas um requisito constitucional a ser observado: prévia comunicação à autoridade competente. Porém, há necessidade de se

⁴⁷⁴ “XVI - 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;”

⁴⁷⁵ STF, Pleno, ADI/MC 1969-4/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 05/03/2004; STF Pleno, ADI nº 1964-4/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; DJ 31/08/2007

resguardarem outros direitos constitucionais e a ordem pública. O direito de reunião produz inconvenientes na circulação de bens e veículos, o que não torna o exercício do direito ilegítimo. E concluiu que, em um Estado Democrático, as vias públicas não são apenas um lugar para a circulação de veículos e pessoas, mas também um espaço de participação do cidadão⁴⁷⁶.

Em nossa opinião, embora a Constituição condicione o exercício do direito de reunião à apenas a prévia notificação à autoridade e a inexistência de reunião no mesmo local, isso não impede a regulamentação do direito em questão. É claro, porém, que deve se tratar de uma regulamentação razoável e proporcional, de modo a não impedir o exercício do direito. No caso em questão, relativo ao decreto do Governador do Distrito Federal, é evidente que impedir o exercício do direito de reunião nos espaços públicos próximos das sedes dos Poderes da União é absolutamente desproporcional, pois tais espaços foram criados para exatamente permitir manifestações públicas.

Restrições razoáveis seriam aquelas para permitir a fluência do trânsito; limitações sonoras perto de hospitais; necessárias à segurança pública, etc.

O direito de culto externo ao templo abrange não só a questão da liberdade religiosa como também o direito de reunião. Nos termos da Constituição e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o direito de reunião é bastante amplo. A restrição é possível, desde que razoável e proporcional. Especificamente no caso das reuniões religiosas, é vedado ao administrador simplesmente negar a realização do culto externo, sem a justificativa razoável. Afinal, os espaços públicos não se destinam somente à circulação de bens, mas também a manifestações. E, mesmo no caso de restrição, deve-se procurar alternativas para que o culto seja realizado. A questão religiosa, no entanto, deve ficar imune à análise do poder público.

3.3.4. Os cultos internos aos templos

Os cultos internos, realizados dentro dos templos, são protegidos não apenas pela liberdade religiosa, mas também pelo direito geral de propriedade e pela proteção constitucional da intimidade⁴⁷⁷. Além disso, se não há palavras inúteis no texto

⁴⁷⁶ Tribunal Constitucional da Espanha. Sala Segunda. Sentencia 110/2006, de 3 de abril de 2006.

⁴⁷⁷ Constituição Federal: artigo 5º, “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;”

constitucional, há uma dupla proteção ao culto realizado nos seus locais consagrados, considerando o disposto na parte final do artigo 5º, VI, da Constituição.

Os cultos internos aos templos podem não ser abertos ao público. Há reuniões religiosas cobertas sob o manto do sigilo. Assim, a proteção da vida privada e intimidade também deve ser levada em consideração, em uma análise a ser realizada pelo intérprete, no caso concreto. Em cultos abertos ao público e/ou televisionados, a proteção a intimidade fica mais restrita.

Passemos, assim, a análise de tópicos problemáticos.

3.3.5. Sacrifícios de animais e a legislação ambiental

O artigo 32 da Lei nº 9.605, de 12/02/1998, estabelece como crime “praticar ato de abuso, maus tratos, ferir ou mutilar animais, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos”⁴⁷⁸

De acordo com a lição de José Geraldo da Silva, Wilson Lavorenti, Fabiano Genofre⁴⁷⁹ e de Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Jr. e Fábio Delmanto⁴⁸⁰, esse crime previsto na legislação ambiental revogou o artigo 64 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941), que tipifica a conduta de “tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo”. Guilherme Nucci, no entanto, entende como plenamente coexistente o artigo 32 da Lei nº 9.605/1998 e o artigo 64 da Lei das Contravenções Penais⁴⁸¹.

De toda sorte, coexistindo ou não o artigo 32 da Lei nº 9.605/1998 e o artigo 64 da Lei de Contravenções, praticar crueldade com animais e mutilação é

⁴⁷⁸ Artigo 32: “Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.”

⁴⁷⁹ Cf. *Leis penais especiais anotadas*. 1ª edição, revista, atualizada e anotada. São Paulo, Millenium, 2008

⁴⁸⁰ Cf. *Leis penais especiais anotadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 448

⁴⁸¹ “O tipo penal do art. 32 da Lei nº 9605/98 cuida, exclusivamente, dos animais selvagens, que podem ser, eventualmente, criados em casa (domésticos) ou amansados, mantidos em jaula ou gaiola (domesticados). Um cavalo, nascido e criado num sítio, não pode ser denominado animal silvestre. Por isso, para essa espécie de animal continua aplicável a contravenção do artigo 64.” *Leis penais e processuais penais comentadas*. p. 208.

tipificado como ilícito penal em nosso ordenamento jurídico.

Em interessante artigo Daniel Braga Lourenço sustenta que “a prática de rituais religiosos, consistente na matança de animais não humanos, é condenável, filosófica, ética e juridicamente, constituindo tais condutas atos ilícitos que acarretam responsabilidade civil e criminal, devendo ser enquadradas nos tipos penais pertinentes, especialmente no previsto no art. 32 da Lei nº 9.605/98.⁴⁸²”

Jayme Weingartner Neto, por outro lado, entende que a Lei nº 9.605/1998 não se aplica ao sacrifício ritual de animais. “Não faz parte do programa das normas ambientais vedá-lo, nem se encontra no âmbito normativo a proibição das situações decorrentes do exercício religioso.⁴⁸³” Assim, Jayme Weingartner Neto não se manifesta conclusivamente a respeito; limita-se a afirmar que a lei ambiental não se aplica, pois não trata de sacrifício de animais.

Não podemos concordar com o argumento de Jayme Weingartner Neto. O artigo 121 do Código Penal que trata do crime de homicídio também não é específico para a proibição de sacrifícios humanos. E nem por isso alguém argumentaria que o sacrifício humano é possível em nossa ordem constitucional, em razão da liberdade de culto.

Pela ausência de exceção na regra ambiental, entendemos que o sacrifício de animais em cultos religiosos enquadra-se na descrição legal da conduta prevista na legislação. Porém, em razão da proteção constitucional à liberdade de culto, a conduta passa a ser atípica.

No direito comparado, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América declarou inconstitucional lei do estado da Flórida que vedava o sacrifício de animais pela religião denominada *Santeria*. No caso específico, entendeu a Suprema Corte que a legislação não havia sido editada de forma geral, mas “tem como seu objeto a supressão de elemento central da *Santeria*, sacrifício de animais⁴⁸⁴”

Também no direito comparado, o Tribunal Constitucional Federal da

⁴⁸² *A liberdade de culto e o direito dos animais não humanos*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Revista dos Tribunais, Abril/Junho de 2005, nº 51, p. 317/318

⁴⁸³ Cf. *Liberdade religiosa na constituição*. p. 292

⁴⁸⁴ Suprema Corte dos Estados Unidos. *Church of Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993), 508 U.S. 520; argued November 4, 1992; Decided June 11, 1993

Alemanha entendeu que dispositivos da *Tierschutzgesetz* (*Animal Protection Act*) deveriam ser interpretados de modo a garantir que os matadouros muçulmanos pudessem abater animais, de maneira ritualística. No caso, a legislação alemã exige que, previamente ao abate de animais homeotermos, deve-se atordoá-los, antes de retirar seu sangue. A legislação havia previsto a necessidade de autorização especial para o matadouro que não atordoasse previamente o animal. De acordo com o relatório do julgamento, os muçulmanos sunitas, por sua religião, não devem comer carne de animais abatidos sem um determinado ritual, o qual não prevê que o animal seja atordoado. O Tribunal Constitucional da Alemanha entendeu que a legislação é válida; porém que matadouros muçulmanos obtenham a autorização para abater animais de maneira ritualística, sem atordoamento do animal, em virtude de regras religiosas⁴⁸⁵.

No caso em questão, o Tribunal Constitucional da Alemanha julgou caso relacionado ao abate de animais para a alimentação de acordo com ordenanças religiosas. Entendemos que o mesmo raciocínio pode ser utilizado para quaisquer sacrifícios ritualísticos.

Na doutrina especializada, Celso Antonio Pacheco Fiorillo acredita em uma *visão antropocêntrica do direito ambiental*. Por esse motivo, entende legítimas manifestações culturais e religiosas que impliquem em sofrimentos a animais. Todo o ato realizado com o objetivo de garantir o bem-estar do ser humano não poderia enquadrar-se no conceito de crueldade. De acordo com o doutrinador, interpretação diversa implicaria em considerar inconstitucional o ato de deixar frangos, “em regime de confinamento, com um dia de dezoito horas, apenas diante da luz e a uma temperatura adequada para sua engorda mais célere.”⁴⁸⁶

O sacrifício de animais é amplamente difundido entre as religiões. De acordo com Aldir Guedes Soriano, há sacrifício de animais no hinduísmo, islamismo e religiões afro-brasileiras (candomblé, xangô, batuque e umbanda)⁴⁸⁷. Mesmo a missa católica celebra um sacrifício de Jesus, em semelhança ao sacrifício de um “cordeiro de Deus”, em alusão à antiga prática judaica.

⁴⁸⁵ Tribunal Constitucional da Alemanha. BVerfG, 1 BvR 1783/99 of 01/15/2002, paragraphs No. (1 - 55), <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20020115_1bvr178399en.html>; acesso em 02/09/2009

⁴⁸⁶ Cf. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 7ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 116

⁴⁸⁷ Cf. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. p. 125

Dessa forma, impedir totalmente o sacrifício de animais significaria impedir a própria prática de diversas religiões. A legislação penal referente ao direito ambiental não pode ser levada a interpretação de impedir a prática religiosa.

3.3.6. Curas espirituais – estelionato, curandeirismo e charlatanismo

A religião é a tentativa do homem de ligar-se a seres superiores ou a verdades absolutas. Também é a tentativa de buscar a solução dos seus problemas, vivenciados por todos em seu dia-a-dia. Diante disso, não são poucas as religiões que acreditam existir curas espirituais, através de orações, imposição de mãos ou cirurgias espirituais.

As curas espirituais normalmente ocorrem em reuniões religiosas, expressão da liberdade constitucional de culto.

Independentemente da verdadeira eficácia ou não desses meios religiosos de obter a restauração da saúde, é evidente que curas espirituais não são reconhecidas como “tratamentos de saúde” pela ciência atual.

Por esse motivo, ao menos em relação à tipicidade formal, entendemos que poderá haver a subsunção, em tese, das curas espirituais aos tipos penais do estelionato, do curandeirismo e do charlatanismo.

O estelionato, previsto no artigo 171, “caput”, do Código Penal⁴⁸⁸, constitui em obter vantagem ilícita, induzindo ou mantendo alguém em erro. Considerando que se trata de um crime contra o patrimônio, a doutrina penal afirma majoritariamente que, para a configuração do delito, a vantagem deverá ter conteúdo patrimonial.

⁴⁸⁸ “Estelionato

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.

§ 1º - Se o criminoso é primário, e é de pequeno valor o prejuízo, o juiz pode aplicar a pena conforme o disposto no art. 155, § 2º.

§ 2º - Nas mesmas penas incorre quem:

(...)”

O curandeirismo é a realização de curas, por prescrição ou ministração de substâncias, por gestos e palavras ou outro meio ou fazendo diagnósticos⁴⁸⁹. Para a configuração do delito, não é necessária a existência de vantagem patrimonial.

O charlatanismo é inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível⁴⁹⁰.

Se, por um lado, se trata de tipos penais prescritos em lei, é evidente que é da natureza de muitas religiões a imposição de mãos, a realização de orações e a divulgação de curas espirituais.

O milagre e as curas espirituais estão intrinsecamente ligados a muitas manifestações religiosas. O Direito não pode ser interpretado em sentido que praticamente inviabiliza a manifestação e a crença no divino, no milagroso.

Diante disso, tratando-se de exercício religioso, não haverá estelionato, curandeirismo ou charlatanismo. O fato será atípico em razão da proteção à liberdade religiosa. Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci⁴⁹¹.

Em sentido contrário, julgado do antigo Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo que decidiu: “A simples invocação de mediunidade não tem, nem poderia ter, o condão de isentar a ré de pena ou espiolar a sua culpa em relação à prática do delito conhecido como curandeirismo, pois a objetividade jurídica desse tipo é a saúde

⁴⁸⁹ “Curandeirismo

Art. 284 - Exercer o curandeirismo:

I - prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância;

II - usando gestos, palavras ou qualquer outro meio;

III - fazendo diagnósticos;

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único - Se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito à multa.”

⁴⁹⁰ “Charlatanismo

Art. 283 - Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.”

⁴⁹¹ Guilherme Nucci, sobre o crime de estelionato: “Quando se tratar de atividade gratuita, bem como se referir a algum tipo de credo ou religião, não se pode punir, pois a Constituição Federal assegura liberdade de crença e culto; quando se referir a atividade paga, cremos estar configurado o delito de estelionato.” *Manual de direito penal*. (Parte geral; parte especial). 4ª edição, rev., atual., ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p 731.

pública.⁴⁹²” Decidiu também o mesmo Tribunal: “configura o delito previsto no art. 284, II, do CP, a conduta do agente que, sem qualquer conhecimento de medicina, mesmo que empírico, ministra tratamento por meio de ‘internação para cirurgia espiritual’ em um terreiro de candomblé.⁴⁹³”

Em posição intermediária, Rogério Greco entende que a solução deve se dar em razão da distinção entre os praticantes de cartomancia, feitiçaria, magia, macumba, cristalomancia, adivinhação, de um lado e, de outro lado, quem pratica “qualquer ato de religião ou doutrina”, como espiritismo e o cristianismo⁴⁹⁴.

Essa posição intermediária⁴⁹⁵ é absolutamente preconceituosa com religiões menos difundidas (ou nem tanto, como a macumba). Não há nenhuma razão para distinção, uma vez que a Constituição proíbe qualquer distinção por motivo de religião. Ou se admite que todas as religiões possam livremente exercer seus poderes místicos, ou que seja proibido todo tipo de exorcismo ou curas espirituais, ainda que praticado por religiões cristãs ou espiritualistas. Aliás, seria até risível, se não fosse trágico, imaginar um juiz de direito, por ocasião do julgamento de um processo, em elucubrações do tipo: esse passe é espiritualista “mesa branca” ou é macumba mesmo? O suposto poder espiritual do agente viria de Jesus Cristo, do Dr. Fritz, do Exu-Caveira ou de forças da mãe-natureza?

Não desconhecemos o fato de existir verdadeiras fraudes em nome da religião. Nesse caso, haverá em tese crime. Assim, a questão, mais uma vez, será solucionada levando em consideração a sinceridade dos agentes. Porém, na persecução penal, essa matéria será de difícil comprovação pelos órgãos competentes. Se houver atividade religiosa (e não apenas uma empresa do crime⁴⁹⁶), ainda que não seja de uma

⁴⁹² TACRIM/SP, AC 1311793-2, 11ª Câmara, Rel. Juiz Fernandes de Oliveira, j. 10/06/2002. In: Prado, Luiz Regis. Comentários ao código penal. 3ª Edição. Revista dos Tribunais, 2006, p. 770

⁴⁹³ TACRIM/SP, AC 1253973-9, 14ª Câmara, Rel. Juiz San Juan França, j. 08/05/2001. In Prado, Luiz Regis. Comentários, p. 770

⁴⁹⁴ *Curso de direito penal*. Parte especial (artigos 250 a 361 do Código Penal). Vol. IV. 2ª edição revista, ampliada e atualizada até 1º de fevereiro de 2007, Niterói, Impetus, 2007, p. 195

⁴⁹⁵ Preferimos chamar de posição intermediária. Porém, mesmo nos casos julgados pelo TACRIM/SP, percebe-se claramente que não se tratava de “exorcismo cristão”, mas de religiões não tão poderosas em termos humanos, como a macumba.

⁴⁹⁶ Nesse ponto, lembramos o filme “Fé de mais não cheira bem” (“Leap of faith” - Paramount Pictures, 1992), na qual se relata a vida do “pastor” Jonas Nightengale (Steve Martin) e de seus seguidores próximos.

crença comum no Brasil, o fato será absolutamente atípico. Entendemos que esta é a única solução possível, para evitar preconceitos ou discriminações injustificadas.

Em solução semelhante a por nós proposta, decidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos.

Em *United States vs. Ballard*⁴⁹⁷, a Suprema Corte dos Estados Unidos analisou a questão pela intangibilidade de assuntos religiosos pelo Estado, sugerindo o caminho da verificação da boa-fé e sinceridade dos dirigentes das organizações religiosas. No caso, dirigentes da religião “Eu sou” (I am) estavam sendo acusados de coletar fraudulentamente doações. Alegavam ser portadores da verdade de Saint Germain e de poderes espirituais de cura, inclusive de doenças incuráveis. A Suprema Corte entendeu que o Estado (no caso os jurados) não pode se imiscuir na verdade ou falsidade desses poderes espirituais. A Constituição dos Estados Unidos não escolhe nenhuma religião em detrimento das demais. Então, não haveria parâmetro para a verificação de falsidade/verdade da religião. A questão seria solucionada pelo critério da eventual boa fé dos acusados, da sinceridade em torno da crença desses poderes espirituais.

3.4. O proselitismo religioso

3.4.1. O conceito

No dicionário Michaelis⁴⁹⁸, proselitismo significa “diligência ou zelo em fazer prosélitos”. Prosélito significa “1 Pagão que se converteu à religião de Israel. 2 Aquele que se converteu a uma religião diferente da que tinha. 3 Indivíduo que aderiu a uma doutrina, idéia ou sistema. 4 Partidário, sectário.”

Em palavras mais simples, fazer prosélitos significa fazer discípulos, em sentido religioso.

São atos de proselitismo religioso: divulgar, propagar, convencer, tentar convencer, distribuir panfletos, pregar, ensinar e publicar livros, entre outras formas

Tratava-se de uma caravana que tinha por objetivo exclusivo o lucro, promovia espetáculos de moldes circenses. O Rev. Jonas não acreditava nem minimamente no que pregava.

⁴⁹⁷ Suprema Corte dos EUA. *United States v. Ballard*, 322 U.S. 78 (1944); 322 U.S. 78; *United States v. Ballard et al.* No. 472. Argued March 3 and 6, 1944. Decided April 24, 1944.

⁴⁹⁸ *Moderno dicionário da língua portuguesa*. Disponível em <http://michaelis.uol.com.br/>; acesso em 18/08/2009

de instruir os seguidores da religião e/ou angariar novos adeptos.

No Brasil, a questão do proselitismo religioso e seus limites jurídicos é pouquíssima explorada. Porém, há importantes problemas práticos decorrentes dessa prática, que nasceu juntamente com a idéia de religião e ganhou especial relevância entre as religiões monoteístas.

Em artigo sobre o tema, André Ramos Tavares afirma que a liberdade religiosa encampa, em seu âmbito de proteção, argumentos destinados a membros de outras religiões com vistas a convertê-los⁴⁹⁹.

Esse é o tema central do proselitismo religioso.

3.4.2. Entendendo o problema

Em sua história, a religião muitas vezes pretendeu também ser portadora da verdade científica e racional. O próprio Joseph Ratzinger, Papa Bento XVI, afirma que o triunfo do cristianismo sobre o paganismo foi possível, entre outros motivos, pela reinvidicação de sua racionalidade⁵⁰⁰. Da mesma forma, também não são desconhecidas as influências de Platão e Aristóteles, filósofos pagãos, para a teologia cristã de Agostinho e de Tomás de Aquino.

A partir do iluminismo e, especialmente, no estágio atual da ciência e da filosofia, porém, a tentativa de racionalizar as experiências religiosas resulta quase sempre em frustração. A teoria da *evolução* parece ter superado a teoria da *criação*, com seus dogmas sobre o surgimento do homem. O fundamento filosófico parece questionável após o “fim da metafísica” e os fundamentos históricos das grandes religiões são todos postos em dúvida. A idéia da existência de uma “verdade como tal” é posta em cheque pelos filósofos. A idéia de uma moralidade universal é criticada pelos antropólogos e acusada de eurocêntrica, ocidental e preconceituosa⁵⁰¹.

Assim, a racionalidade científica muito pouco ajuda em questões

⁴⁹⁹ Cf. *O direito fundamental no discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 3, nº 10, abril de 2009. Disponível em: <[HTTP://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=5799](http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=5799)>. Acesso em 29/08/2009. Item. I.

⁵⁰⁰ Cf. *Deus existe?* Tradução Sandra Martha Dolinsky. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2009, p. 16

⁵⁰¹ Todos esses problemas são levantados pelo próprio Joseph Ratzinger. Cf. *Deus existe?* p. 11 a 22

ligadas às religiões. Isso porque não há comprovação científica sequer da existência de seres espirituais, Deus ou deuses ou forças sobrenaturais da natureza. Não há comprovação de que a Bíblia, o Alcorão ou qualquer outro “Livro Sagrado” revele verdades históricas. Enfim, não há comprovação de praticamente nada em torno das religiões.

Por outro lado, nas religiões monoteístas expansionistas (islamismo e cristianismo), há a busca de uma única verdade espiritual. Deus é apenas um e soberano sobre todas as coisas criadas. Por esse motivo, somente há um único ponto de vista válido, em todas as questões espirituais e, eventualmente, terrenas. Assim, não é de se estranhar que durante toda a história da humanidade, tenha havido guerras e mais guerras em torno de questões religiosas. O diálogo inter-religioso é bastante difícil, pois ambos os agentes tendem a acreditar que são portadores da única verdade espiritual válida. Uma negociação inter-religiosa em torno de aceitação de dogmas é praticamente impossível.

Em resumo, em face das religiões monoteístas, não adianta (como nunca adiantou) afirmar que todos os caminhos levam à salvação⁵⁰².

Tudo isso, somado a uma busca incessante de angariar novos seguidores, além de instruir aqueles que já existem. Tal problema se torna ainda maior nas religiões expansionistas, nas quais a divulgação da doutrina e angariar prosélitos tornam-se uma obrigação⁵⁰³.

O problema é bastante profundo. Citaremos exemplos de problemas teológicos, sem adentrar em questões religiosas, inúteis ao objetivo de nosso trabalho.

⁵⁰² “Desde o começo, o Cristianismo foi uma ‘religião missionária e exclusiva’. Tinha toda a força da recusa do Judaísmo em fazer concessões, uni (e dissolve) no rebuliço sincrético de crenças e cultos que caracterizou o fim do Império Romano. Nenhum cristão concordaria com as declarações tolerantes dos representantes do Paganismo, na defensiva como Símaco – ao defender a retenção do Altar da Vitória no Senado no ano de 384 -, que todos os caminhos levam ao mesmo objetivo. Pelo contrário, os cristãos estavam certos de que somente os crentes ortodoxos e batizados encontrariam a Deus: os demais iriam para o Inferno.” J.N. Hillgarth. *Cristianismo e paganismo (350-750). A conversão da Europa ocidental*. Tradução de Fábio Assunção Lombardi Rezende. Madras. 2007, p. 20

⁵⁰³ Nesse ponto, André Ramos Tavares: “É preciso destacar que esta liberdade de crença ou de divulgação das crenças recebe mais destaque e protagonismo em algumas determinadas religiões (as ditas universalistas, tema abordado a seguir), tal como a Cristã, a qual apresenta, inclusive, como mandamento basilar de Jesus Cristo: ‘Ide ao mundo inteiro, proclamai o Evangelho a todas criaturas. Quem crer e for batizado será salvo’ (BÍBLIA SAGRADA. Marcos. 16,15, 1989, p. 988).” *O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização*. Item II.

Nossa idéia é, tão-somente, mostrar exemplos da imensa dificuldade de um diálogo inter-religioso, em torno de questões de fé. Assim, nossa intenção é situar o problema para um leitor operador do Direito, que terá que decidir um caso concreto. Não faremos nenhum juízo de valor a respeito de tal ou qual posição religiosa.

Se há um único Deus verdadeiro (religiões monoteístas), todas as religiões politeístas são falsas. Se há um Deus pessoal (com vontade própria) totalmente soberano, as forças ou entidades da natureza reconhecidas na bruxaria ou feitiçaria são demônios ou, no mínimo, falsas. Se os mortos ou bons espíritos em geral não se comunicam com os vivos (visão cristã majoritária), os médiuns espíritas, espiritualistas ou de religiões afro-brasileiras são possuídos por demônios ou, no mínimo, estão sendo enganados.

Por outro lado, se os monoteístas estão errados, são ignorantes e precisam ser iluminados. Se a comunicação com os mortos ou com bons espíritos é possível, quem não acredita está perdendo a chance de aprimoramento espiritual, além de felicidade e prosperidade terrena⁵⁰⁴.

Se Deus deu certo espaço físico, situado no Oriente Médio, a Abraão e seu filho Isaac, logo a Palestina é local de direito dos judeus. Por outro lado, se a promessa é só de Abraão, logo os descendentes de Ismael (árabes) também têm seu direito. E, se Jesus não ressuscitou, todos os cristão seguem as palavras de um bem-intencionado filho de carpinteiro, condenado por heresia, sem comprovação irrefutável de realidade histórica.

E mesmo entre as diversas religiões cristãs, a negociação em torno dos dogmas é praticamente impossível. Se a veneração de Maria, mãe de Jesus Cristo, e dos santos católicos é idolatria (cristianismo reformado), logo a maioria dos católicos corre um sério risco de ir para o inferno. Se Jesus é o único intercessor entre Deus e os homens (cristianismo reformado), Maria e os santos católicos nada podem fazer. Porém, se os

⁵⁰⁴ A resposta dos espíritas: “É comum encontrar protestantes lançando-nos um desafio para testar se os espíritos que se manifestam não são demônios se fazendo passar por aqueles. Esclarecemos que usamos o termo ‘protestantes’ em lugar de ‘evangélicos’ que saberiam respeitar o direito dos outros de seguir a religião que melhor lhes convém, não impondo seus ensinamentos a ninguém.” Cf. Paulo da Silva Neto Sobrinho. *Espíritos ou demônio: quem se manifesta?* In. *Espiritismo e ciência*. Nº 68. Mythos Editora. p. 31. Interessante observar que, na mesma revista espírita, levanta-se a hipótese da falsidade da Bíblia, livro máximo dos cristãos. Cf. Oswaldo Iório. *Quem mudou a bíblia e por quê?* p. 6-10

reformados estão equivocados, eles entristecem profundamente a “Mãe de Deus” e os heróis da fé cristã. Se os reformados estão errados, eles estão fora da comunhão da grande e única Igreja Católica e podem ser condenados ao inferno, por não receberem os santos sacramentos.

E a discussão interminável prossegue mesmo entre os cristãos reformados: se a soberania de Deus é absoluta (calvinistas), acreditar no livre-arbítrio humano (arminianos) é um erro teológico. Se Jesus é Deus, os unitaristas (aqueles que não acreditam na Santíssima Trindade) não dão glória a Deus. Por outro lado, se Jesus não é Deus (unitaristas), os cristãos (trinitaristas) são terrivelmente idólatras, pois acreditam em um ou dois falsos deuses⁵⁰⁵.

Portanto, a discussão religiosa é longa, desgastante e sem solução. E, ao mesmo tempo, todos os agentes desse diálogo acreditam estar servindo a Deus e/ou são portadores da verdade ou de uma única verdade.

E não se pode exigir que as religiões admitam que as outras religiões sejam também verdadeiras, sob pena de se desconsiderar a realidade do fenômeno religioso⁵⁰⁶.

Em resumo, este é o problema: todos os agentes do diálogo inter-religioso acreditam ser portadores da verdade. E, essa verdade é inegociável, por ser revelada por Deus ou por um profeta/líder iluminado. Para os religiosos, o problema é central, pois pode significar a salvação ou danação eterna. Muitos religiosos estariam dispostos a morrer por essa verdade. Além disso, esses religiosos devem buscar seguidores, além de instruir os que já existem. E, para piorar, as descobertas científicas e filosóficas põem toda essa discussão como despropositada, pois partem de pressupostos equivocados ou, no mínimo, não comprovados.

⁵⁰⁵ Entre os reformados, a discussão em torno de questões religiosas é tão intensa que uma tentativa ecumênica de financiar missionários foi considerada um grande erro. Cf. David J. Hesselgrave. *Will we correct de Edinburg error? Future mission in historical perspective*. Southwestern Journal of Theology • Volume 49 • Number 2 • Spring 2007, p. 121 a 149

⁵⁰⁶ “Afinal, próprio que as religiões assumam abertamente a pretensão universalizante, e por derradeiro, a rejeição das demais.” André Ramos Tavares. *O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização*. Item IV.

3.4.3. A solução

Diante da constatação desse fato, qual é o papel do Estado de Direito Democrático, que consagra uma sociedade pluralista?

O intérprete do direito não deve adentrar nessas questões e nem tentar solucionar disputas religiosas. Porém, deve reconhecer que essas disputas existem e são sinceramente motivadas por convicções religiosas.

Assim, a liberdade de expressão religiosa deve ser considerada de forma bastante ampla e quase irrestrita. O operador do Direito não deve esperar que pregadores, no momento de sua homilia e no interior dos templos, utilizem de boa educação ou considerem como possível a opinião teologicamente contrária.

Os pregadores cristãos reformados não aceitarão como correta a veneração de Maria e dos santos católicos. Tentarão provar que as imagens, importantes na doutrina católica, não passam de estátuas. Não se deve esperar uma melhor reação de aceitação de um padre católico, ao escutar que seus sacramentos o levarão ao inferno. Os judeus, muçulmanos e unitaristas dirão que os cristãos trinitaristas são heréticos e que a Santíssima Trindade é uma invenção romanista.

Os espíritas chamarão os cristãos de fanáticos intolerantes e iletrados. Os seguidores de religiões afro-brasileiras dirão que os demais são preconceituosos e desconhecem a eficácia de suas práticas.

O discurso religioso não é racional ou, no mínimo, é muito passional. Não podem os estudiosos do Direito Constitucional acreditar que a religião se utilizará de formas polidas e racionais de expressão.

As pessoas são diferentes, com crenças diferentes. O pluralismo, consagrado na Constituição Federal, impõe que as pessoas devem suportar as idéias contrárias à sua convicção. A liberdade de expressão religiosa, como a liberdade de expressão geral, não tutela apenas o discurso agradável aos ouvidos, mas também o desagradável.

3.4.4. O caso do livro Orixá, Caboclos e Guias

No Brasil, tornou-se bastante comum a publicação, por organizações religiosas, de livros e panfletos com conteúdo frontalmente contrário a outras organizações religiosas ou a outras doutrinas religiosas. Algumas vezes, a edição de

livros, panfletos ou outras atitudes de líderes religiosos são causa de sérios problemas, não raro levados ao exame do Poder Judiciário.

Em dezembro de 2005, o Ministério Público Federal ingressou com a Ação Civil Pública nº 2005.33.00.022891-3, para impedir a distribuição do livro “Orixás, Caboclos e Guias: Deuses ou Demônios”, de autoria do conhecido bispo Edir Macedo, chefe e fundador da Igreja Universal do Reino de Deus (IURD). Os procuradores da República, signatários da Ação Civil Pública, sustentavam que o referido livro desrespeitava o direito à liberdade religiosa, por tecer severas críticas à doutrina defendida pelas religiões de origem afro-brasileira⁵⁰⁷.

Em nossa opinião, a ação movida pelo Ministério Público Federal é despropositada. A retirada de circulação de livro religioso, que defende doutrina religiosa, ofende a liberdade religiosa.

Ademais, demonstram os procuradores da República desconhecimento acerca da linguagem própria da religião. A linguagem da religião é essa. Chamar de “demônio”, “doutrina do demônio”, “seitas demoníacas”, “heresia”, “infiel”, “inferno”, entre outros termos, é absolutamente da essência das religiões. As religiões cristãs, especialmente as neopentecostais, utilizam-se desses termos de maneira corriqueira. Religião não é só a prática de caridade; são considerações teológicas. Para os cristãos, “demônios” são inimigos de Deus. “Doutrina do diabo” ou “doutrina do demônio” são

⁵⁰⁷ “A obra, além de preconceituosa e discriminatória, segundo os procuradores da República autores da Ação, Sidney Madruga e Cláudio Gusmão, ‘dedica quase que a totalidade de suas páginas a promover ofensas às religiões afro-brasileiras’. O livro é vendido nas igrejas e livrarias evangélicas, além de um serviço de entrega em domicílio, e já contava com mais de dois milhões de exemplares vendidos no ano de 2000.

Trechos da publicação tratam as religiões de origem africana como ‘seitas demoníacas’, ‘modo pelo qual o demônio age na Terra’ ou ‘canais de atuação dos demônios’. Os procuradores afirmam que ‘chega-se ao ponto de responsabilizar a Umbanda, o Candomblé e a Quimbanda pela destruição do ser humano’ e pelo uso de entorpecentes.

Outros fragmentos da obra estimulam os leitores a combaterem as religiões afro-brasileiras, e o espiritismo: ‘(...) combatemos o espiritismo e suas ramificações com todas as nossas forças. Essa religião tão popular no Brasil é uma fábrica de loucos’. Edir Macedo atribui às religiões afro-brasileiras o subdesenvolvimento do País: ‘Se o povo brasileiro tivesse os olhos bem abertos contra a feitiçaria, a bruxaria e a magia, oficializadas pela Umbanda, Quimbanda, Candomblé, Kardecismo e outros nomes (...), certamente seríamos um País bem mais desenvolvido’. In “MPF/BA quer suspender a venda de livro da Igreja Universal”. Publicada em 07.11.2005. Disponível em <<http://www.prba.mpf.gov.br/pr-noticia.php?cod=19>> acesso em 23.10.2006. Até agosto de 2009, não há sequer sentença.

todas as doutrinas religiosas contrárias àquelas em que o pregador (no caso o Bispo Edir Macedo) acredita.

Também há ofensa à razoabilidade. O livro em questão é cristão e somente será lido por cristãos de uma determinada tendência teológica. Não se trata de livro histórico ou falsamente histórico. Não se trata de livro científico. É um livro teológico cristão, que parte da idéia monoteísta e despreza o politeísmo.

Ademais, a tentativa de tirá-lo de circulação pelos procuradores da República colocou o livro em evidência.

3.4.5. O caso do “chute na Santa”

Em outubro de 1995, o pastor Von Helder, também da IURD, realizou uma das mais polêmicas cenas televisivas filmadas, a qual foi relacionada ao tema da liberdade religiosa. Para comprovar que a imagem da “Nossa Senhora Aparecida” não pode reagir (sendo apenas “um ídolo feito por mãos humanas”), o referido pastor chutou (literalmente) a escultura, durante a transmissão de um programa da TV Record, no episódio conhecido como “chute na Santa”, o que originou violentos atos de intolerância religiosa contra evangélicos⁵⁰⁸.

Trata-se, sem dúvida, de lastimável e infeliz episódio, que demonstrou pouca inteligência emocional do apresentador.

Em termos jurídicos, no entanto, se trata de um episódio tutelado pela liberdade religiosa.

O contexto era o de uma pregação religiosa, em um programa evangélico. Não houve dano material, pois a imagem pertencia à própria IURD. O infeliz chute na escultura foi o recurso usado para o ensino da doutrina religiosa, contrária à utilização de imagens. Não houve ofensa à honra subjetiva de ninguém, ao contrário do que aconteceria se se chutasse ou cuspsse em um retrato de um religioso, no qual a pessoa ou seus parentes poderiam se sentir ofendidos.

⁵⁰⁸ Cf. Jean Carlos Rodrigues. *A articulação de escalas geográficas para a interpretação do contexto religioso evangélico pentecostal: o caso de Londrina (PR)*. Dissertação de mestrado em Geografia da Faculdade de Ciência e Tecnologia da Universidade do Estado de São Paulo. Presidente Prudente, 2003, p. 137

3.4.6. Análise do precedente *Cantwell vs. Connecticut*⁵⁰⁹

Newton Cantwell e seus dois filhos (Jesse e Russell), Testemunhas de Jeová, foram presos em New Haven, Connecticut. Em uma localidade de maioria católica, distribuíam panfletos e livros. Aos transeuntes, pediam permissão para tocar uma fita com pregação ofensiva ao catolicismo romano.

Alegou-se que estariam ameaçando a paz social.

Nesse ponto, reconheceu a Suprema Corte dos Estados Unidos: “A gravação tocada por Cantwell consubstancia um ataque geral a todos os sistemas organizados de religiões como um instrumento de Satanás e maléficos ao homem; separa a Igreja Católica Romana para críticas severas que ofenderiam não apenas os católicos, mas todos os outros que respeitam a fé religiosa honesta de seus seguidores.” No entanto, considerou o fato de que a crítica do Sr. Cantwell foi realizada sem atos de violência e sem a intenção de injuriar.

A Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que, no âmbito religioso, tal como no âmbito político, o discurso pode gerar animosidade. E, esse fato, não seria por si só capaz de legitimar uma restrição à liberdade de manifestação do pensamento. “Embora o conteúdo da gravação revele uma natural animosidade, nós pensamos que, na ausência de um estatuto jurídico que estritamente defina e preveja punição a conduta como uma clara e presente ameaça ao interesse do Estado a comunicação do solicitante, considerada à luz das garantias constitucionais não levanta clara e presente ameaça à paz social e à ordem (...)”

Por esse precedente, entendemos que se pode admitir restrições ao discurso religioso somente em casos excepcionais, como aqueles que indubitavelmente geram atos de violência. Porém, o discurso de crítica religiosa, ainda que gere natural animosidade, encontra-se respaldado pela liberdade religiosa.

3.4.7. O caso da pregação contrária ao homossexualismo

Alguns líderes cristãos evangélicos se insurgiram contra dois projetos de lei (PL nºs 122/06 e 6418/2005), que criminalizam condutas homofóbicas. De acordo com reportagens da revista *Eclésia*, especializada em matérias relacionadas à

⁵⁰⁹ Suprema Corte dos Estados Unidos. *Cantwell vs. State of Connecticut*, 310, U.S. 296 (1940); 310 U.S. 296; *Cantwell et al. vs. State of Connecticut* nº 632, Argued March 29, 1940; Decided May 20, 1940

organizações religiosas evangélicas, há preocupação de que os evangélicos não poderão mais evangelizar, pois haveria restrições à pregação⁵¹⁰. O Deputado Waldir Annello chegou a considerar que os projetos de Lei, se aprovados, seriam uma “facada no cristianismo.”

Antes de outras considerações, convém observar que a prática de discriminação é vedada há muito tempo pela ordem jurídica brasileira. A própria Constituição Federal proíbe discriminações. A discriminação por opção sexual constitui ato ilícito e deve ser reprimida, atualmente no âmbito civil.

No âmbito penal, não há disposição específica a respeito do assunto. A Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989 não pune crimes de preconceito por orientação sexual. Há, apenas, a tipificação de “crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”. Paralelamente, a Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, que trata da tipificação dos crimes de genocídio, também não se aplica ao caso, pois trata de “grupo nacional, étnico, racial ou religioso”.

“De lege ferenda”, entendemos importante a tipificação penal da discriminação por orientação sexual.

Porém, seja qual for a tipificação da conduta, a legislação não poderá impedir a divulgação ou propagação de idéias religiosas. Os líderes religiosos, suas homilias e livros poderão continuar a desestimular a prática homossexual. Porém, já não podem e não poderão humilhar ou estimular atos violentos ou repulsa aos homossexuais.

Outra interpretação seria desarrazoada. A total criminalização de opinião desfavorável ao homossexualismo impediria a publicação de muitos livros sagrados, assim considerados pelas religiões. Na própria Bíblia, no Novo e no Antigo Testamento (este também aplicável aos judeus), há trechos que consideram pecado o homossexualismo. No Alcorão, livro sagrado dos muçulmanos, também há prescrição semelhante.

Não é preciso nem dizer que a proibição, legislativa ou judicial, da divulgação e publicação da Bíblia e do Alcorão seria afrontosa à liberdade religiosa e à Constituição Federal. Da mesma forma, pregações ou comentários baseados em tais livros

⁵¹⁰ Cf. José Donizetti Morbidelli. *Uma lei, muitas polêmicas*. In. Eclésia. Ano 11. Edição 121. p. 26 a 30. Cf. Marcos Stefano. *Existe perseguição religiosa no Brasil?* In. Eclésia. Ano 11. Edição 121. p. 32 e 33

não podem ser considerados ilícito penal ou civil.

Novamente, frise-se que há limites. A humilhação de um homossexual em particular e/ou mesmo o estímulo à intolerância e à violência não podem ser admitidos em nosso ordenamento jurídico. Pelo contrário, devem ser reprimidos, com a responsabilização dos agentes, no âmbito próprio.

3.4.8. O direito do trabalho e o proselitismo nas empresas

O proselitismo é da essência das grandes religiões mundiais, como o cristianismo e o islamismo. A busca de novos adeptos é constante nas religiões.

Diante disso, tem-se indagado os limites do proselitismo nas empresas, considerando a natural subordinação existente entre empregado e empregador.

Na doutrina brasileira, a questão é levantada por Manoel Jorge e Silva Neto. No entender desse autor, não se deve admitir que haja proselitismo religioso no ambiente de trabalho⁵¹¹. Entende Manoel Jorge e Silva Neto: “... as atitudes voltadas à obtenção de adeptos e conversão de agnósticos causam profundo mal-estar, ainda mais quando provêm de superior hierárquico.”⁵¹²

Manoel Jorge e Silva Neto, em monografia e em artigo sobre o assunto, ensina que o proselitismo religioso, dentro das empresas, se manifesta de diversas maneiras, especialmente: cultos religiosos, comemorativos de inaugurações de filiais e festas de final de ano; convites de superiores hierárquicos, para frequentar cultos⁵¹³; e construção de espaços religiosos dentro das empresas⁵¹⁴.

No caso, há evidente contraposição da liberdade religiosa do empregador ou do superior hierárquico (que tem o direito de divulgar sua religião) e do empregado (que tem o direito de optar por não frequentar culto religioso nenhum).

A relação é entre particulares. Não há simetria entre as partes envolvidas, pois existe evidente desequilíbrio econômico e também jurídico entre empregado e empregador.

⁵¹¹ Cf. *A proteção constitucional à liberdade religiosa do empregado*. p. 216

⁵¹² *A proteção constitucional à liberdade religiosa do empregado*. p. 217

⁵¹³ Cf. *A proteção constitucional à liberdade religiosa do empregado*. p. 216 e 217

⁵¹⁴ Cf. *A proteção constitucional à liberdade religiosa*. p. 163

Dessa forma, a proteção à liberdade religiosa do empregado se justifica plenamente no caso. Há ilícito do empregador na exigência (expressa ou velada) de presença de empregados em eventos religiosos, ainda que ecumênicos⁵¹⁵ (pois o empregado tem direito de não acreditar em coisa alguma).

Também o convite do empregador ou superior hierárquico para participar de cultos ou a tentativa de ensinar alguma doutrina religiosa devem ser interpretados como violadores da liberdade religiosa do empregado. Até porque o empregado se sentirá constrangido, pois qualquer oposição à doutrina religiosa do empregador poderá ser entendida como ato de insubmissão.

A eliminação de todo tipo de assunto religioso no ambiente de trabalho não é possível e também não é compatível com os princípios da tolerância e da inclusão⁵¹⁶, decorrentes do pluralismo. Porém, o empregador e o superior hierárquico devem evitar se manifestar sobre assuntos religiosos e se absterem totalmente de praticar atos de proselitismo.

Ora, no dia-a-dia empresarial, sabe-se que os critérios para promoção ou demissão do empregado não são sempre transparentes ou friamente racionais. Assim, o empregado se sentirá compelido a escutar e também “concordar” com o empregador ou superior hierárquico, em matéria religiosa.

A construção de espaços voltados à oração e meditação dentro das empresas é possível, desde que com propósito ecumênico⁵¹⁷. A realização de cultos e pregações dentro desse espaço pode configurar afronta à liberdade religiosa do empregado.

3.4.9. As rádios comunitárias e a vedação do proselitismo

A Lei nº 9.612, de 19/02/1998, estabelece o Serviço de Radiofusão Comunitária. Essa é entendida como a radiofusão sonora, em frequência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações

⁵¹⁵ Manoel Jorge e Silva Neto entende que os cultos ecumênicos são permitidos (Cf. *A proteção constitucional à liberdade religiosa do empregado*. p. 218). No entanto, entendemos que a liberdade religiosa do empregado abrange o direito de recusa de frequentar qualquer culto, ainda que ecumênico.

⁵¹⁶ Cf. Theresa M. Beiner; John M. A. DiPippa. *Hostile environments and the religious employee*. p. 630

⁵¹⁷ Cf. *A proteção constitucional à liberdade religiosa*. p. 162 e 163

comunitárias sem fins lucrativos.⁵¹⁸

Em seu artigo 4º, § 1º, a Lei nº 9.612/1998 veda qualquer tipo de proselitismo nas rádios comunitárias⁵¹⁹.

A finalidade da norma está em excluir do âmbito das rádios comunitárias interesses políticos partidários. Por outro lado, indica que a rádio comunitária deve ser utilizada somente para a defesa e comunicação de interesses da comunidade.

Para André Ramos Tavares, a vedação do proselitismo, prevista na Lei nº 9.612/1998, não pode ser interpretada no sentido de vedar o proselitismo religioso. No seu entender, tal interpretação seria contrária à Constituição Federal, a qual não restringe o direito ao proselitismo religioso⁵²⁰.

Discordamos parcialmente do pensamento de André Ramos Tavares. Entendemos que os direitos fundamentais não são absolutos e podem ser restringidos pelo legislador mesmo ordinário, desde que exista uma fundamentação razoável e adequada para a restrição. Há necessidade para a restrição do proselitismo religioso: a Lei nº 9.612/1998 tem como finalidade proteger o interesse de comunidade. Há adequação, pois

⁵¹⁸ “Art. 1º Denomina-se Serviço de Radiodifusão Comunitária a radiodifusão sonora, em frequência modulada, operada em baixa potência e cobertura restrita, outorgada a fundações e associações comunitárias, sem fins lucrativos, com sede na localidade de prestação do serviço.

§ 1º Entende-se por baixa potência o serviço de radiodifusão prestado a comunidade, com potência limitada a um máximo de 25 watts ERP e altura do sistema irradiante não superior a trinta metros.

§ 2º Entende-se por cobertura restrita aquela destinada ao atendimento de determinada comunidade de um bairro e/ou vila.”

⁵¹⁹ “Art. 4º As emissoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária atenderão, em sua programação, aos seguintes princípios:

(...)

§ 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.”

⁵²⁰ Cf. *O direito fundamental ao discurso religioso*. Item II.2.

somente a vedação poderia direcionar as rádios comunitárias ao seu verdadeiro objetivo. Em relação à proporcionalidade em sentido estrito, entendemos bastante discutível se a restrição é em tese desproporcional.

O problema, no nosso entendimento, é outro. A vedação ao proselitismo religioso nas rádios comunitárias passa por muitos problemas de ordem prática. Na mais das vezes, são organizações religiosas as capazes de organizar e manter uma associação ou fundação comunitária, a qual será a titular do direito à radiodifusão. E será praticamente impossível controlar manifestações religiosas do tipo de divulgação de quermesses, procissões e cultos; bem como a realização de orações, rezas, etc., durante a programação.

Assim, a vedação do artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.612/1998 deve ser interpretada da seguinte forma: o proselitismo religioso é permitido, desde que com moderação. É vedada a existência de rádio comunitária com o objetivo exclusivo ou preponderantemente religioso. As finalidades do artigo 4º da Lei nº 9.612/1998 devem ser atingidas.

Assim, entendemos que o Estado poderá controlar as rádios comunitárias, atentando às finalidades da legislação.

3.5. Organização religiosa – aspectos trabalhistas

3.5.1. A organização religiosa e seus colaboradores

Ao contrário das pessoas jurídicas em geral, as organizações religiosas buscam uma finalidade religiosa.

As pessoas jurídicas em geral não podem contratar, promover, advertir, ou demitir empregado por motivos religiosos.

No caso das organizações religiosas, há imposição de tratamento diferenciado; em razão da óbvia distinção de finalidade⁵²¹.

Há de se distinguir entre os contratados. Em uma organização religiosa,

⁵²¹ Manoel Jorge e Silva Neto não admite qualquer distinção. “As entidades religiosas, com o escopo de atingimento dos seus propósitos institucionais, necessitam contratar trabalhadores. E, neste momento, é óbvio que não poderão restringir o universo dos eventuais contratados àqueles que professam a fé religiosa abraçada pela organização.” *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. p. 163

há a contratação de pessoal para a atividade-fim (ensino, pregações, ministração, liderança, etc.) e há contratação de pessoal para a atividade-meio (segurança, limpeza, manutenção, etc).

Nas atividades-fins das organizações religiosas, é possível que o aspecto religioso seja levado em conta para a contratação, promoção, advertência ou demissão do empregado. Nesses casos, o conhecimento e a prática da religião por seus líderes e professores estimularão também a vivência dos ensinamentos religiosos por seus adeptos. Não se pode exigir que uma organização religiosa cristã, contrate como pastor alguém que não acredite na existência de Deus, ainda que este conheça profundamente todas as questões do cristianismo. Não se pode exigir que uma organização religiosa judaica contrate como rabino um seguidor do islamismo, ainda que este conheça todos os aspectos da Torá.

Porém, em suas atividades-meio, as organizações religiosas não devem realizar distinções, em virtude de aspectos religiosos. Nesse caso, os empregados não seguidores da religião da organização devem se abster de fazer proselitismo de sua crença contrária ou de criticar a religião do empregador.

3.5.2. O estatuto jurídico dos ministros religiosos

Na jurisprudência brasileira, os Tribunais Trabalhistas vêm debatendo a respeito da contratação, como autônomo, de ministros religiosos.

Há precedente do Superior Tribunal do Trabalho, no sentido de que, a princípio, é legítima a contratação de ministro religioso como autônomo⁵²².

⁵²² TST, 7ª Turma, AIRR - 740/2005-024-05-40.6, Rel. Min. Ives Gandra Martins Filho. DJ 05/09/2008. “AGRAVO DE INSTRUMENTO - PASTOR EVANGÉLICO - RELAÇÃO DE EMPREGO - NÃO-CONFIGURAÇÃO - REEXAME DE PROVA VEDADO PELA SÚMULA 126 DO TST. O vínculo que une o pastor à sua igreja é de natureza religiosa e vocacional, relacionado à resposta a uma chamada interior e não ao intuito de percepção de remuneração terrena. A subordinação existente é de índole eclesiástica, e não empregatícia, e a retribuição percebida diz respeito exclusivamente ao necessário para a manutenção do religioso. Apenas no caso de desvirtuamento da própria instituição religiosa, buscando lucrar com a palavra de Deus, é que se poderia enquadrar a igreja evangélica como empresa e o pastor como empregado. No entanto, somente mediante o reexame da prova poder-se-ia concluir nesse sentido, o que não se admite em recurso de revista, nos termos da Súmula 126 do TST, pois as premissas fáticas assentadas pelo TRT revelam que a função exercida pelo Reclamante estava estritamente ligada à intimidade da consciência religiosa e à assistência espiritual desde a adesão à função de pastor por livre manifestação de vontade, não sendo hipótese de vínculo de emprego. Agravo de instrumento desprovido.”

No mesmo sentido, a legislação previdenciária considera os ministros religiosos como contribuintes obrigatórios da previdência social, na modalidade de individuais⁵²³. A opção do legislador previdenciário denota a clara intenção de não considerar os ministros religiosos como empregados.

Em relação à Igreja Católica, o Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto da Igreja Católica no Brasil⁵²⁴, em seu artigo 16, estipula claramente que não há vínculo de emprego entre os “ministros ordenados ou fiéis consagrados”, a não ser que seja provado o desvirtuamento da função eclesiástica⁵²⁵.

Porém, há julgados de Tribunais Regionais do Trabalho que reconhecem a configuração da relação jurídica de emprego⁵²⁶.

Nos termos da legislação atualmente em vigor, a caracterização dos ministros religiosos como autônomos/contribuintes individuais é a mais correta. Embora haja subordinação hierárquica, a subordinação é religiosa, não jurídica. Embora haja contraprestação ao trabalho realizado, o trabalho do ministro é motivado por convicções religiosas. Não há oposição entre capital e trabalho, pois estes possuem o mesmo objetivo: a divulgação e o ensino da fé⁵²⁷.

⁵²³ Artigo 12, V, “c”, da Lei nº 8.212, de 24/07/1991 (“Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas: (...) V - como contribuinte individual: (...) c) o ministro de confissão religiosa e o membro de instituto de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa;”) No mesmo sentido, o artigo 11, V, “c”, da Lei nº 8.213, de 24/07/1991.

⁵²⁴ Assinado na Cidade-Estado do Vaticano, em 13/11/2008. Aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo nº 698, de 2009.

⁵²⁵ “Artigo 16. Dado o caráter peculiar religioso e beneficente da Igreja Católica e de suas instituições:

I - O vínculo entre os ministros ordenados ou fiéis consagrados mediante votos e as Dioceses ou Institutos Religiosos e equiparados é de caráter religioso e portanto, observado o disposto na legislação trabalhista brasileira, não gera, por si mesmo, vínculo empregatício, a não ser que seja provado o desvirtuamento da instituição eclesiástica. (...)”

⁵²⁶ TRT da 2ª Região. Sexta Turma, RO nº 02990206145, Rel. Maria Aparecida Duenhas, DJE/SP 16/06/2000: “Vínculo de emprego. Pastor evangélico. Presentes, “in casu”, os elementos caracterizadores do liame empregatício (art. 3º, CLT), impõe-se o reconhecimento da existência de relação jurídica de emprego. Recurso provido para determinar a baixa dos autos à origem, para julgamento do mérito propriamente dito.”

⁵²⁷ TRT da 3ª Região. 6ª turma, Rel. Sebastião Geraldo de Oliveira, RO ° 01197.2004.041.03.00.5, DJMG 20/01/2005: “EMENTA: RELAÇÃO DE EMPREGO INEXISTENTE - PASTOR EVANGÉLICO. Uma vez que se as igrejas constituem-se como pessoas jurídicas, elas podem perfeitamente celebrar contrato de trabalho. Revelando-se, porém, que o trabalhador presta serviços à sua igreja como “pastor de almas”, exercendo o seu ministério movido por razões de fé, ainda que subordinado à hierarquia e às regras internas

O reconhecimento puro e simples do vínculo de emprego, com todas as conseqüências de verbas trabalhistas, limitação de jornada, descanso semanal remunerado, etc, desconsidera a realidade diferenciada das organizações religiosas.

“De lege ferenda”, entendemos que há necessidade de reconhecimento, pelo legislador, de um tipo especial de prestação de serviços.

É claro que o padre, pastor, missionário ou, genericamente, ministro de confissão religiosa depende da retribuição da organização religiosa. Os ministros religiosos não raro abandonam seus estudos, propriedades, negócios na busca de servir a Deus e à comunidade-membro da organização religiosa.

Porém, após qualquer divergência com o líder, os ministros religiosos podem ser sumariamente compelidos a deixar sua casa, muitas vezes financiada pela organização religiosa. Além disso, os ministros religiosos deixarão de receber imediatamente remuneração, sem qualquer indenização obrigatória.

Assim, o legislador deveria reconhecer a hipossuficiência do ministro religioso frente à organização religiosa, estabelecendo uma indenização mínima, que pode ser proporcional ao tempo de atividade.

Frise-se, novamente, que o reconhecimento puro e simples do vínculo de emprego nesses casos não é a melhor solução.

3.5.3. O desconto obrigatório dos dízimos, ofertas, etc.

Não é incomum as organizações religiosas descontarem, do pagamento da remuneração de seus colaboradores, quantias a título de dízimos e ofertas.

O princípio da intangibilidade salarial tem amparo constitucional, decorrente do princípio da irredutibilidade dos salários⁵²⁸.

A Consolidação das Leis do Trabalho também regulamentou a questão da intangibilidade salarial⁵²⁹. O empregador não pode efetuar descontos, a não ser em

da instituição, mostra-se incabível reconhecer a natureza empregatícia do liame, especialmente porque a convergência de interesses das partes - a divulgação da Palavra - exclui a típica oposição entre o capital e o trabalho, própria da relação de emprego.”

⁵²⁸ Artigo 7º, VI, da Constituição Federal.

⁵²⁹ “Art. 462 - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

quatro hipóteses: (i) adiantamentos feito pelo empregador; (ii) expressa previsão legal; (iii) expressa previsão em convenção ou contrato coletivo de trabalho; e (iv) indenização de dano causado ao empregador.

No caso em questão, entendemos aplicáveis as vedações da Constituição Federal e da Consolidação das Leis de Trabalho, ainda que não haja vínculo de emprego reconhecido. Isso porque o desconto obrigatório de dízimo ou ofertas implica no desrespeito à liberdade de crença do ministro religioso, que tem o direito irrecusável de não querer pagar o dízimo ou oferta, ainda que pregue publicamente que todos devem pagar. Assim, o desconto é ilegal, ainda que realizado na remuneração paga a prestadores de serviço, como ministros religiosos.

A solução é a mesma, ainda que o desconto tenha sido realizado com anuência expressa do empregado⁵³⁰ ou do prestador de serviço. Há a hipossuficiência do empregado ou do prestador de serviço, motivo pelo qual os tribunais devem considerar não escrita essa convenção⁵³¹.

§ 1º - Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde de que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado. (Parágrafo único renumerado pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

§ 2º - É vedado à empresa que mantiver armazém para venda de mercadorias aos empregados ou serviços estimados a proporcionar-lhes prestações " in natura " exercer qualquer coação ou induzimento no sentido de que os empregados se utilizem do armazém ou dos serviços. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

§ 3º - Sempre que não for possível o acesso dos empregados a armazéns ou serviços não mantidos pela empresa, é lícito à autoridade competente determinar a adoção de medidas adequadas, visando a que as mercadorias sejam vendidas e os serviços prestados a preços razoáveis, sem intuito de lucro e sempre em benefício dos empregados. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

§ 4º - Observado o disposto neste Capítulo, é vedado às empresas limitar, por qualquer forma, a liberdade dos empregados de dispôr do seu salário. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)"

⁵³⁰ TRT da 2ª Região. 7ª Turma, RO 0136.1999.004.02.00, Rel. Antonio M. Vidigal, DOE/SP 01/09/2006: Empregado de entidade religiosa. Descontos salariais a título de dízimo. Ilegalidade, ainda que autorizados pelo empregado. Vício presumido. Ato de fé incompatível com imposição periódica contratual porquanto ofensivo a direito fundamental. - A súmula 342 do C. TST fixa um rol taxativo de hipóteses nas quais são admissíveis descontos salariais autorizados pelo empregado, porquanto evidenciada a existência de um benefício economicamente tangível, ainda que apenas potencial. Naquele rol não se acha inserida a entidade religiosa como legítima destinatária de descontos nos salários, exatamente porque dízimos e doações compreendem-se como atos de fé ou devoção, de livre, exclusiva e espontânea manifestação do fiel, absolutamente incompatíveis com a imposição formal e periódica, ainda que consentida.

⁵³¹ No mesmo sentido, embora tratando apenas de empregados, Manoel Jorge e Silva Neto. *Proteção*

3.6. Organização religiosa – aspectos cíveis

3.6.1. A questão da repetição de dízimo e ofertas - indenização por não ter alcançado promessas espirituais

Na imprensa, há notícia de ex-fiéis que demandam no Poder Judiciário a repetição de quantias que consideram indevidamente pagas a título de dízimo e ofertas ou indenizações supostamente devidas em razão de promessas (espirituais) não cumpridas⁵³².

Nos termos do direito civil, dízimos e ofertas são negócios jurídicos, mais propriamente contratos de doação.

Não trataremos de todos os requisitos de existência, validade, e eficácia dos negócios jurídicos em geral. Eventuais considerações a respeito exigiriam tratados de direito civil e desbordariam deste estudo.

O direito das organizações religiosas de pedir e receber doações encontra amparo no artigo 6º, “f”, da “Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou nas convicções.” (1981).

Porém, importa-nos reconhecer, desde logo, que a legalidade dos dízimos e das ofertas está submetida aos mandamentos da legislação civil, referentes aos negócios jurídicos em geral e ao contrato de doação em particular. Por exemplo, não se pode aceitar como válida a oferta de um imóvel, realizada por menor não representado, nos termos da lei civil. Não se pode aceitar como válidas ofertas milionárias por deficiente mental, sem o necessário discernimento para práticas de atos civis. Não é válido o dízimo pago em papétes de cocaína, pois se trata de objeto ilícito.

Nesse ponto, observe-se que as organizações religiosas não estão totalmente imunes a análise da regularidade de seus atos pelo Poder Judiciário e devem obedecer o direito civil em geral. Nesse ponto, o Tribunal Constitucional de Portugal considerou competente a justiça comum para o julgamento de pedido reivindicatório entre pessoas jurídicas pertencentes à Igreja Católica (Irmandade da Santa Casa de Misericórdia

constitucional à liberdade religiosa. p. 167

⁵³² Cf. João Carlos Magalhães; Matheus Pichonelli. *Ex-fiéis recorrem à Justiça contra igrejas: ações cobram indenizações por promessas*. Folha de São Paulo, caderno Cotidiano, p. C3, publicado em 5 de julho de 2006

de A contra Fábrica da Igreja Paroquial da Freguesia de B)⁵³³.

Assim, as ofertas e os dízimos estão sujeitos à lei geral, aplicável às doações.

O Tribunal de Justiça de São Paulo possui interessante acórdão a respeito do tema. Tratava-se de demanda proposta por mulher que “doou todo seu patrimônio por fanatismo religioso e que, agora, amarga completa miséria.” Entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo que “a doação de todo o patrimônio [universal], sem reserva de bens suficientes para a subsistência [artigo 1175, do CC, de 1916 e correspondente ao artigo 548, do CC, de 2002], é nula de pleno direito.”⁵³⁴,

Há uma distinção importante a ser considerada pelo intérprete. No caso, o elemento diferenciador é o aspecto religioso presente na doação de dízimos e ofertas. E o aspecto religioso é, *prima facie*, imune às considerações e análises realizadas pelos órgãos do Estado.

Ademais, em sua essência, a religião não é racional ou científica, embora possa se servir de argumentos racionais e, algumas vezes, científicos. De toda sorte, a eficácia da religião não pode ser comprovada cientificamente. Nem seus milagres podem ser atribuíveis a poderes divinos comprovadamente existentes.

Assim, na análise da legitimidade da doação, o intérprete deve ter a consciência de que todo pagamento de dízimo e ofertas não está sujeito a regras racionais, matemáticas ou científicas. A própria religião está fora dessa análise e, mesmo assim, a Constituição Federal assegura a sua proteção.

Não basta interpretar as doações religiosas com olhos de quem está analisando a regularidade de uma compra e venda com Deus. Também não basta pensar que os dízimos e ofertas religiosas devem ser analisados como uma doação realizada entre dois grandes amigos, pois é realizada em favor de quase desconhecidos e sem motivo friamente racional.

No caso das ofertas e dízimos, os vícios de consentimento podem existir e causar a invalidade do ato. No entanto, o intérprete deve ter sempre o cuidado de

⁵³³ Tribunal Constitucional de Portugal. 1ª. Seção, Acórdão 268/04, Processo 818/03, Relator Maria Helena Brito.

⁵³⁴ TJSP, 4ª Câmara de direito privado. Apelação nº 273.753-4/8, Rel. Enio Santarelli Zuliani, J. 31/01/2007

lembrar da característica irracional (passional) da religião, a qual deve ser respeitada por expressa previsão constitucional.

Caso se exija racionalidade comum aos negócios do dia-a-dia, todo dízimo ou oferta estará viciado por erro na manifestação de vontade e será passível de restituição. Afinal, em termos racionais, ninguém em plena capacidade intelectual efetua doações esperando algo muito importante de Quem não se conhece. Também não se compra nada de Quem não se pode exigir.

Assim, a regra a ser considerada é a subsistência da doação por motivos religiosos, considerando o princípio da proteção à liberdade religiosa.

3.6.2. A questão do direito urbanístico e do direito de vizinhança

As organizações religiosas estão sujeitas ao disposto nas leis urbanísticas, especialmente no plano diretor. De acordo com a legislação, a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor⁵³⁵. O plano diretor é aprovado por lei municipal⁵³⁶.

Assim, a princípio, as exigências estabelecidas pelas leis municipais urbanísticas devem ser respeitadas, também pelas organizações religiosas.

Porém, em regra, a legislação urbanística não poderá impedir o funcionamento de organizações religiosas. É possível o legislador municipal impedir a instalação de organizações religiosas em alguns bairros, desde que essa proibição seja entendida como medida excepcional e razoável. Também a medida deve ser extensível a todas organizações religiosas. Por exemplo, não poderá o legislador municipal permitir o funcionamento de uma igreja católica em um determinado bairro e impedir o funcionamento de uma organização religiosa evangélica, no mesmo bairro.

No direito estadunidense, próximo ao ideal que defendemos, digno de nota é o *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act (RLUIPA)*. Essa lei determina que a administração local deve se abster de impedir o exercício religioso, por meio do zoneamento urbano. A exceção é o atendimento do interesse público, pelo meio

⁵³⁵ Artigo 39 da Lei nº 10.257, de 10/07/2001 (Estatuto da Cidade).

⁵³⁶ Artigo 40 da Lei nº 10.257, de 10/07/2001 (Estatuto da Cidade).

menos restritivo⁵³⁷. Também é vedado que se faça discriminação entre as organizações religiosas, por meio da lei de zoneamento⁵³⁸. É aplicável a todos os entes que recebam recursos federais.

No Brasil, no que tange à Igreja Católica, o artigo 14 do “Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto da Igreja Católica no Brasil” estipula expressamente que os templos católicos deverão observar o Plano Diretor. Porém, o Brasil comprometeu a esforçar-se para estipular, no Plano Diretor, espaços destinados a fins religiosos⁵³⁹.

O mesmo princípio deve ser estendido a todas as organizações religiosas.

De toda sorte, as organizações religiosas devem respeitar o direito de vizinhança.

Nesse aspecto, tem-se levado aos tribunais do Poder Judiciário demandas decorrentes de reclamações relativas ao barulho, muitas vezes realizado no culto das organizações religiosas.

A jurisprudência parece se firmar no sentido de que as organizações religiosas devem respeitar os limites de barulho, devendo, inclusive, instalar equipamentos para minimizar os ruídos, produzidos durante os cultos⁵⁴⁰. Nesse ponto, entendeu o extinto 2º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo que “Tão constitucional

⁵³⁷ “(1) General rule No government shall impose or implement a land use regulation in a manner that imposes a substantial burden on the religious exercise of a person, including a religious assembly or institution, unless the government demonstrates that imposition of the burden on that person, assembly, or institution

(A) is in furtherance of a compelling governmental interest; and

(B) is the least restrictive means of furthering that compelling governmental interest.”

⁵³⁸ “(2) Nondiscrimination. No government shall impose or implement a land use regulation that discriminates against any assembly or institution on the basis of religion or religious denomination.”

⁵³⁹ “Artigo 14. A República Federativa do Brasil declara o seu empenho na destinação de espaços a fins religiosos, que deverão ser previstos nos instrumentos de planejamento urbano a serem estabelecidos no respectivo Plano Diretor.” Os espaços a que se refere o Acordo não são espaços públicos a serem doados para a Igreja Católica, mas espaços estipulados no Plano Diretor. Interpretação diversa seria afrontosa ao princípio da neutralidade estatal.

⁵⁴⁰ TJ/SP, 33ª Câmara de Direito Privado. AC nº 1121226 -0/0, Rel. Claret de Almeida, j. 08/06/2009; TJ/SP, 33ª Câmara de Direito Privado, AI nº 1072869 – 0/7, Rel. Claret de Almeida, j. 24/07/2001

como o direito à liberdade religiosa, é o direito à saúde e ao sossego de todos, sendo compatível a convivência de ambos numa sociedade civilizada.⁵⁴¹»

A legislação urbanística e do direito de vizinhança devem ser respeitadas.

Nesse ponto, indaga-se: poderia a legislação municipal estabelecer nível de ruído diferenciado para as organizações religiosas?

O Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento de Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade, declarou inconstitucionais leis municipais que excluam as organizações religiosas do âmbito do poder de polícia municipal, na fiscalização do ruído excessivo⁵⁴²; ou que estabeleçam níveis de ruídos diferenciados, para as organizações religiosas⁵⁴³.

De fato, não se justifica a completa exclusão das organizações religiosas do âmbito da fiscalização municipal, relativa à emissão de poluição sonora. A Constituição Federal impõe o respeito ao meio ambiente (inclusive urbano) equilibrado e ao direito à saúde (que compreende o direito ao sono e ao sossego dos moradores vizinhos). As organizações religiosas, assim, devem se enquadrar às restrições impostas a todos pela legislação urbanística.

Não concordamos, porém, com a declaração de inconstitucionalidade pelo Tribunal de Justiça de São Paulo de lei que imponha padrões diferenciados para a aferição de poluição sonora. É princípio formal que normas de conduta estabelecidas pela legislação devem ser obedecidas. A escolha de critérios para a aferição de ruídos está dentro da discricionariedade do legislador, sem afronta ao princípio da isonomia. O legislador municipal ponderou os direitos fundamentais em jogo e resolveu estabelecer critérios diferenciados, pela simples razão de que cultos religiosos emitem normalmente mais ruído do que outras atividades. Se os critérios diferenciados estabelecidos pela legislação municipal forem razoáveis, não pode o Poder Judiciário tentar impor restrições às organizações religiosas.

⁵⁴¹ 2º TAC/SP, 9ª Câmara, AI 878822 – 0/8, Rel. Cristiano Ferreira Leite, j. 16/02/2005

⁵⁴² TJ/SP, Órgão Especial, ADI 44.596 - 0/0, Rel. Márcio Bonilha, j. 28/04/1999

⁵⁴³ TJ/SP, Órgão Especial, ADI 141.238 8/5, Rel. Renato Nalini, j. 20/08/2008

3.7. Aspectos tributários

3.7.1. A natureza jurídica da imunidade tributária

Imunitas, ou exoneração de *munus*, indica a dispensa de carga, de ônus, de obrigação ou de penalidade⁵⁴⁴.

Em uma primeira aproximação, a imunidade tributária será, então, a dispensa do pagamento de tributo.

Porém, a análise deve ser mais aprofundada.

Em análise topológica da Constituição, as imunidades tributárias encontram-se dispostas no item “Das limitações do poder de tributar”. A doutrina brasileira tem considerado as imunidades como normas constitucionais de *supressão da competência tributária* da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A Constituição, que fixa a competência tributária⁵⁴⁵, exclui algumas pessoas da obrigatoriedade de recolher tributos. Se a Constituição dá a competência em regra, pode estabelecer exceções. No sentido de entender as imunidades como supressão da competência tributária, pode-se citar as lições de Roque Carraza⁵⁴⁶ e José Eduardo Soares de Melo⁵⁴⁷.

Paulo de Barros Carvalho, em opinião diversa, mas não incompatível, conceitua as imunidades tributárias da seguinte forma: “classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas, contidas no texto da Constituição Federal, e que estabelecem, de modo expreso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações

⁵⁴⁴ Cf. Leandro Paulsen. Direito tributário. *Constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*. 9ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, p. 235

⁵⁴⁵ Competência tributária é a capacidade das pessoas políticas instituírem tributos, de acordo com a Constituição.

⁵⁴⁶ “A imunidade tributária é um fenômeno constitucional. As normas constitucionais que, direta ou indiretamente, tratam do assunto fixam, por assim dizer, a *incompetência* das entidades tributantes para onerar, com exações, certas pessoas, seja em razão de sua natureza jurídica, seja porque coligadas a determinados fatos, bens e situações.” Cf. *Curso de direito constitucional tributário*. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 682

⁵⁴⁷ Cf. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 89

específicas e suficientemente caracterizadas.^{548,,}

As imunidades, assim, estão consagradas constitucionalmente. São limitações constitucionais ao poder de tributar que consagram regras de incompetência (ou supressão de competência) tributária. Em razão do seu status constitucional não podem ser confundidas com regras de isenção, anistia, ou quaisquer outras benesses fiscais.

3.7.2. A imunidade dos templos de qualquer culto

A desoneração tributária dos templos encontra paralelo há muito tempo na história. O Código Teodosiano, XVI, 2, 40 (412), já trazia regras desobrigando a Igreja Católica da prestação de serviços públicos e imposição de tributos. Desobedecer essa regra de desoneração impunha aos responsáveis as penalidades previstas para o crime de sacrilégio⁵⁴⁹.

Em relação à *isenção* tributária dos templos, a Suprema Corte dos Estados Unidos, em *Walz v. Tax Commission*⁵⁵⁰, reconheceu que não procede o argumento de que essa desoneração tributária das organizações religiosas acaba por onerar contribuintes ateus, em desrespeito ao princípio da neutralidade estatal. Nas palavras do *Chief Justice* Burger, a isenção de tributos não equivale a transferência de recursos públicos às organizações religiosas. Ao contrário, garante ainda maior separação

⁵⁴⁸ Cf. *Curso de direito tributário*. p. 179

⁵⁴⁹ “Consideramos, cuidadosamente, o método de um plano razoável, e é nosso prazer prescrever uma regulamentação rígida de quais serviços públicos compulsórios as igrejas de cidades independentes devem ser especificamente consideradas isentas.

De fato, primeiramente, a contumélia dessa bem conhecida usurpação deve ser abolida, ou seja, os terrenos consagrados ao uso dos ministérios celestiais não devem ser atormentados com o fardo de serviços públicos compulsórios de natureza inferior. A injustiça de construir e reparar estradas não deve atrelar nenhuma unidade de terra passível de taxaço que goze de tais privilégios. Nenhum fardo ou superindicação extraordinários devem ser cobrados de tais unidades de terras passíveis de taxaço; nenhuma restauração de pontes, nenhuma responsabilidade por transporte deve surgir; nenhum ouro ou outra taxa deve ser requisitada. Finalmente, nenhuma adição ao pagamento do imposto regular, a que o inesperado fardo da necessidade extraordinária possa vir a ser exigido, deve ser calculado juntamente aos serviços públicos compulsórios que são exigidos de tais unidades de terra. Se qualquer pessoa infringir esse estatuto, deverá incorrer na severidade da punição devida que deve ser imposta por lei sobre o sacrilégio, e deverá ser, então, punido com o exílio da deportação perpétua.” O texto encontra-se traduzido na obra de J. N. Hillgarth. *Cristianismo e paganismo (350 a 750): a conversão da europa ocidental*. P. 64

⁵⁵⁰ Suprema Corte dos Estados Unidos. *Walz v. Tax Commission Of City Of New York*, 397 U.S. 664 (1970); 397 U.S. 664; Frederick Walz, Appellant, v. Tax Commission Of the City Of New York. No. 135. Argued Nov. 19, 1969. Decided May 4, 1970

entre as esferas religiosa e estatal. “A isenção cria somente um mínimo e remoto envolvimento entre a igreja e o estado e muito menos do que a tributação da igreja. Restringe-se o relacionamento fiscal entre a igreja e o estado e tende a complementar e assegurar a desejada separação isolando uma da outra.”

No caso brasileiro, a questão encontra-se resolvida por determinação do Poder Constituinte Originário.

A Constituição estabelece, em seu artigo 150, VI, “b”, a imunidade tributária dos “templos de qualquer culto”. A finalidade da norma é, portanto, impedir que o Estado embarace, pela via da tributação, a liberdade religiosa conferida constitucionalmente⁵⁵¹.

Por oportuna, válida é a transcrição do dispositivo constitucional:

“Artigo 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 do inciso VI, alíneas *b* e *c*, compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nela mencionadas.”

Pela análise do dispositivo constitucional, algumas observações são importantes.

Em que pese ser chamada de imunidade “tributária”, é pacífico na doutrina e na jurisprudência que se trata apenas de desoneração de impostos⁵⁵². Não protege, portanto, os “templos de qualquer culto” da incidência de outras espécies

⁵⁵¹ Cf. Flávio Campos. *Imunidade tributária na prestação de serviços por templos de qualquer culto*. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo. n.54, março de 2000, p. 52

⁵⁵² Em razão da disposição literal e restrita do dispositivo constitucional que trata apenas de “impostos”. Nesse sentido, na doutrina: Flávio Campos. *Imunidade tributária na prestação de serviços por templos de qualquer culto*. p. 44

tributárias (taxas, contribuições gerais, empréstimos compulsórios e contribuições de melhoria⁵⁵³).

Outra observação importante: não são todos os impostos excluídos pela Constituição. Os templos de qualquer culto são imunes, tão-somente, aos impostos incidentes sobre o patrimônio (Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU; Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores - IPVA), renda (Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – IRPJ) e serviços (Imposto Sobre Serviços de Quaisquer Natureza – ISSQN).

Por força do dispositivo constitucional, não estão excluídas da incidência operações de importação, exportação e circulação de mercadorias e transferência de patrimônio⁵⁵⁴.

Feita essa consideração, cabe-nos indagar o que significa a palavra “templo” para fins da imunidade tributária. A questão é de absoluta importância, pois determinará a extensão e objeto da imunidade tributária.

Nesse ponto, há outra observação importante. Não são especificamente os templos, mas sim as organizações religiosas detentoras dos templos as titulares da imunidade tributária. Isso porque não há relação jurídica obrigacional tributária entre o Estado e o “templo” (terreno, paredes, altares, etc.), mas entre o Estado e as pessoas jurídicas em geral.

Aliás, a própria Constituição fala em *entidade* (artigo 150, § 4º). Ao se referir a *entidades*, a Constituição indica que se refere às organizações religiosas. O “templo” (construção, imóvel) não é uma entidade; a entidade é a pessoa jurídica proprietária do templo. A Constituição ao reconhecer uma *entidade*, refere-se ao “templo” com a denotação de sujeito de direito (uma *pessoa*).

Feitas essas considerações, passaremos à análise da amplitude da imunidade.

⁵⁵³ Adotamos aqui a tese do Supremo Tribunal Federal (RE nº RE 138.284, voto do Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 28/08/92), na qual se dividem as espécies tributárias em cinco. Não olvidamos, porém, que a doutrina é bastante dividida no que tange a classificação das espécies tributárias.

⁵⁵⁴ Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho dá interpretação mais extensiva à imunidade tratada. Considera o doutrinador que os atos de aquisição de propriedade encontram-se sob o manto da imunidade. Porém, não estariam protegidos os atos de alienação de propriedade. Cf. *A imunidade religiosa*. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo. n.4. jan. 1996. p. 63

Flávio Campos ensina que há três interpretações possíveis para a abrangência da imunidade dos “templos de qualquer culto” (organizações religiosas): templo-local, templo-conjunto de bens e templo-entidade⁵⁵⁵. Porém, para melhor análise da questão, falaremos em “templo-local”, “templo-conjunto de bens e atividades essenciais” e “templo-entidade”. Em todas as interpretações, deve-se levar em conta que a relação jurídico-tributária se realiza com pessoa (organizações religiosas), não coisas (templos).

A primeira considerará imune apenas o local físico onde se presta culto; esse entendimento fundamenta-se na análise literal da expressão constitucional (“templo de qualquer culto”). É a interpretação que considera o templo-local, como objeto da imunidade tributária.

A segunda interpretação (templo-conjunto de bens e atividades essenciais) é mais extensiva, mas ainda limita a imunidade aos bens e atividades relacionados essencialmente à prática religiosa. Considera-se imune os templos e o conjunto de bens anexos (casas pastorais, seminário, convento, abadia, etc.) e atividades desenvolvidas no templo (celebração de missas, cultos, realização de batismos, etc.). A segunda interpretação é mais razoável que a primeira. De fato, pela segunda interpretação, ao se referir a rendas, patrimônio e serviços, a Constituição parece indicar que não apenas o templo (uma construção, um imóvel) é objeto da proteção outorgada pela imunidade tributária, mas também atividades ligadas *essencialmente* às organizações religiosas. Nesse sentido, Roque Carraza⁵⁵⁶ e Hugo de Brito Machado⁵⁵⁷.

A razão da restrição é evidente. Nos termos da Constituição, somente serão consideradas imunes as atividades relacionadas às *finalidades essenciais* das organizações religiosas.

⁵⁵⁵ Cf. *Imunidade tributária na prestação de serviços por templos de qualquer culto*, p. 44 a 53

⁵⁵⁶ Cf. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 716. Veja-se a interpretação restritiva de Roque Carraza no seguinte trecho: “a imunidade não se estende às rendas provenientes de alugueres de imóveis, da locação do salão de festas da paróquia, da venda de objetos sacros, da exploração comercial de estacionamento, da venda de licores, etc., ainda que os rendimentos sejam assim obtidos em benefício do próprio culto.” (Cf. *Curso de direito constitucional tributário*, p. 719)

⁵⁵⁷ “Templo não significa apenas a edificação, mas tudo quanto esteja ligado ao exercício da atividade religiosa. Não pode haver imposto sobre missas, batizados ou qualquer outro ato religiosos. Nem sobre qualquer bem que esteja a serviço do culto.” *Curso de direito tributário*, p. 249 e 250

Há terceira interpretação (templo-entidade), ainda mais ampla. Considerar-se-ão imunes não somente os templos e as atividades vinculadas aos templos, mas a própria pessoa jurídica (organização religiosa), integralmente, em todas as suas atividades⁵⁵⁸.

Filiamo-nos à terceira interpretação, mais ampliativa da imunidade.

Não há razão para interpretar o dispositivo constitucional restritivamente, quando a literalidade do dispositivo indica direção oposta.

De fato, o artigo 150, § 4º, limita como o objeto da imunidade “somente o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nela mencionadas.”

Literalmente, a Constituição não restringe as imunidades às *finalidades essenciais*. Também não restringe às *atividades essenciais*.

Há restrição somente às *atividades relacionadas* às finalidades essenciais.

Por esse motivo, a segunda corrente (templo-conjunto de bens) restringe equivocadamente a amplitude da imunidade outorgada pelo artigo 150, IV, “b”, da Constituição Federal.

A *finalidade essencial* ou *atividade essencial* de uma organização religiosa é o ensino e divulgação de princípios religiosos e o culto. Essas atividades-fins serão imunes, ainda que se considere a segunda interpretação (templo-conjunto de bens e atividades essenciais).

O problema verdadeiro é a análise das atividades-meio; afinal, *literalmente*, a Constituição assegura a imunidade às *atividades relacionadas* e não apenas às finalidades essenciais.

Nesse ponto, o Supremo Tribunal Federal tem dado interpretação ampliativa da imunidade dos “templos de qualquer culto”. De acordo com a jurisprudência assentada, “a imunidade prevista no artigo 150, IV, ‘b’, da Constituição do Brasil, deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas, também o patrimônio, as rendas e os serviços relacionados com as atividades essenciais das

⁵⁵⁸ Na doutrina. Flávio Campos. *Imunidade tributária na prestação de serviços por templos de qualquer culto*. p. 47

entidades nela mencionadas.⁵⁵⁹,”

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal entende que há imunidade de Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) também em relação aos prédios alugados de propriedade de organizações religiosas⁵⁶⁰. No mesmo sentido ampliativo, em 2008, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a imunidade tributária aos cemitérios pertencentes às organizações religiosas, equiparando aos “templos de qualquer culto”⁵⁶¹.

A interpretação ampliativa (templo-entidade) que defendemos em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se justifica, na medida em que, em muitos casos, as atividades essenciais dos templos (batismos, casamentos, cultos) normalmente custeadas por ofertas dos seguidores podem ser financeiramente deficitárias. Assim, desde que as receitas obtidas sejam destinadas às atividades essenciais (divulgação e propagação de idéias religiosas), a imunidade tributária deve ser conferida.

Nos estritos termos da Constituição, o limite da imunidade encontra-se na aplicação dos recursos obtidos pela organização religiosa na finalidade religiosa não lucrativa (*finalidades essenciais*)⁵⁶², não na natureza religiosa ou não, das atividades exercidas para a obtenção do recurso.

3.7.3. A possibilidade de regulamentação por Lei Complementar

Hugo de Brito Machado afirma que, para o exercício da imunidade

⁵⁵⁹ STF, 2ª Turma, AI-AgR nº 651138/RJ, Rel. Min. Eros Grau, DJ 17/08/2007. Observe-se, porém, que há precedente antigo do Supremo Tribunal Federal que deu interpretação restritiva ao dispositivo, sob a égide de constituição anterior: “A IMUNIDADE ESTATUIDA NO ART. 31,5, LETRA B DA CONSTITUIÇÃO, É LIMITADA, RESTRITA, SENDO VEDADO A ENTIDADE TRIBUTANTE LANÇAR IMPOSTOS SOBRE TEMPLOS DE QUALQUER CULTO, ASSIM ENTENDIDOS A IGREJA, O SEU EDIFÍCIO, E DEPENDÊNCIAS. UM LOTE DE TERRENO, ISOLADO, NÃO SE PODE CONSIDERAR O SOLO DO EDIFÍCIO DO TEMPLO.” (STF, RE 21826, 2ª turma, Rel. Min. Ribeiro da Costa, DJ 07/03/1955).

⁵⁶⁰ STF, Pleno, RE nº 325822/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, Rel p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJ 14/05/2004.

⁵⁶¹ STF, Pleno, RE nº 578562/BA, Rel. Min. Eros Grau, DJ 12/09/2008: “Os cemitérios que consubstanciam extensões de entidades de cunho religioso estão abrangidos pela garantia contemplada no artigo 150 da Constituição do Brasil. Impossibilidade da incidência de IPTU em relação a eles.”

⁵⁶² A respeito da impossibilidade de finalidade lucrativa, remeto à leitura do tópico relacionado às organizações religiosas.

tributária prevista no artigo 150, VI, “b”, da Constituição de 1988, “nenhum requisito pode a lei estabelecer. Basta que se trate de culto religioso.”⁵⁶³ No mesmo sentido, Ives Gandra da Silva Martins ensina que a imunidade tributária dos templos é *incondicionada*⁵⁶⁴.

Não concordamos com os tributaristas. É certo que os direitos fundamentais, ainda que relacionados ao direito tributário, podem ser restringidos pela lei, desde que a restrição imposta seja razoável. Essa é a consequência da adoção da teoria de direitos como mandamentos de otimização, propugnada no início do trabalho.

A possível objeção no sentido de que não há limitação explícita no texto constitucional não deve prevalecer. Essa objeção seria fundada na afirmação de que o artigo 150, VI, “c”, remete à lei o estabelecimento de requisitos para partidos políticos, entidades sindicais dos trabalhadores e instituições de educação e assistência social, sem fins lucrativos⁵⁶⁵. Não há, no entanto, remissão expressa à lei no caso da imunidade dos “templos de qualquer culto.”

A posição que adotamos no início de nosso trabalho foi no sentido de que, mesmo nos direitos fundamentais sem reserva expressa, é possível a restrição/regulamentação pelo legislador, desde que a restrição imposta seja razoável.

E qual será o veículo introdutor de norma competente para tanto?

Tratando-se de regulamentação de uma “limitação constitucional ao poder de tributar”⁵⁶⁶, entendemos que o veículo introdutor competente é a lei

⁵⁶³ *Curso de direito tributário*. p. 250

⁵⁶⁴ “O que o constituinte declarou é que sem quaisquer restrições, as Igrejas de qualquer culto são imunes de todos os impostos. Não o prédio, mas a instituição” (*Imunidades condicionadas e incondicionadas*. p. 79). O tributarista utiliza o termo *imunidade incondicionada* como sinônimo de *imunidade irrestringível*.

⁵⁶⁵ Artigo 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:

(...)

c) patrimônio, renda ou serviços de partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;”

⁵⁶⁶ O artigo 150 da Constituição pertence ao Título VI – Da tributação e do orçamento; Capítulo I – Do

complementar, nos termos do artigo 146, II, da Constituição (“artigo 146. Cabe à lei complementar: (...) II. regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;”).

Em caso similar, a respeito das entidades de saúde e educação, o Supremo Tribunal Federal entendeu que cabe à lei complementar regulamentar as limitações constitucionais ao poder de tributar e, portanto, estabelecer requisitos para o gozo da imunidade tributária⁵⁶⁷. Porém, sem prejuízo da imunidade, pode a lei ordinária estabelecer normas de constituição e funcionamento da entidade educacional ou de saúde⁵⁶⁸.

Entendemos plenamente válida a aplicação do entendimento consolidado a respeito das entidades de educação e saúde à imunidade tributária dos “templos de qualquer culto”. Neste caso, cabe à lei complementar estabelecer os requisitos para o gozo da imunidade tributária; porém, o funcionamento da organização religiosa poderá ser regulamentado por lei ordinária.

3.7.4. Análise do “acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao estatuto jurídico da Igreja Católica no Brasil”

Nos termos do artigo 5º, gozarão da imunidade as pessoas jurídicas eclesiásticas que atenderem os requisitos estabelecidos na legislação brasileira⁵⁶⁹. Assim, ao menos nos termos do Acordo, parece-nos evidente que a imunidade tributária dos templos de qualquer culto pode ser regulamentada por lei complementar.

Da mesma forma, não há novidade relevante no artigo 15 do

sistema tributário nacional; Seção II – Das limitações do poder de tributar.

⁵⁶⁷ STF, Pleno, ADIMC 1802/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 13/02/2004; STF, Segunda Turma, RE 354988/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 20/04/2006

⁵⁶⁸ STF, Primeira Turma, AgReg no RE 428815, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 24/06/2005 (“A Constituição reduz a reserva de lei complementar da regra constitucional ao que diga respeito ‘aos lindes da imunidade’, à demarcação do objeto material da vedação constitucional de tributar; mas remete à lei ordinária ‘as normas sobre a constituição e o funcionamento da entidade educacional ou assistencial imune’”).

⁵⁶⁹ Artigo 5º: “As pessoas jurídicas eclesiásticas, reconhecidas nos termos do Artigo 3º, que, além de fins religiosos, persigam fins de assistência e solidariedade social, desenvolverão a própria atividade e gozarão de todos os direitos, imunidades, isenções e benefícios atribuídos às entidades com fins de natureza semelhante previstos no ordenamento jurídico brasileiro, desde que observados os requisitos e obrigações exigidos pela legislação brasileira.”

Acordo⁵⁷⁰. No *caput*, limita-se a reproduzir o texto da Constituição Brasileira. No § 1º do dispositivo, as pessoas jurídicas da Igreja Católica, que exerçam atividade social e educacional sem finalidade lucrativa receberão o mesmo tratamento e benefícios fiscais outorgados às entidades filantrópicas, inclusive em relação a *requisitos e obrigações*.

Ora, se há equiparação de requisitos e obrigações, nada diferenciara juridicamente as entidades filantrópicas da Igreja Católica das demais entidades filantrópicas. E isso está em absoluta conformidade com o princípio da neutralidade estatal.

3.7.5. A imunidade tributária como “cláusula pétrea”

Ainda no que tange ao assunto, o Supremo Tribunal Federal tem julgado no sentido de que a imunidade dos “templos de qualquer culto” tem *status* de cláusula pétrea.

Ao julgar a constitucionalidade do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (IPMF), o Supremo Tribunal Federal considerou a imunidade dos “templos de qualquer culto” insuscetível de restrição pelo Constituinte Derivado Reformador⁵⁷¹. Nesse ponto, observe-se que o IPMF foi criado por força de Emenda Constitucional⁵⁷².

No julgamento da constitucionalidade do IPMF, registrou o Ministro Sepúlveda Pertence: “(...) ainda que não se trate tecnicamente de direitos e garantias individuais, as imunidades ali outorgadas, na alínea ‘b’, aos “templos de qualquer culto” (...), constituem, todas elas, instrumentos de salvaguarda fundamentais de princípios, liberdades e direitos básicos da Constituição, como liberdade religiosa, manifestação de pensamento (...)”⁵⁷³. Naquela oportunidade, o Relator (Ministro Sydney Sanches)

⁵⁷⁰ “Artigo 15. Às pessoas jurídicas eclesiásticas, assim como ao patrimônio, renda e serviços relacionados com as suas finalidades essenciais, é reconhecida a garantia de imunidade tributária referente aos impostos, em conformidade com a Constituição brasileira.

§ 1º. Para fins tributários, as pessoas jurídicas da Igreja Católica que exerçam atividade social e educacional sem finalidade lucrativa receberão o mesmo tratamento e benefícios outorgados às entidades filantrópicas, reconhecidas para fins de imunidade e isenção.”

⁵⁷¹ STF, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18/03/1994.

⁵⁷² Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/1993.

⁵⁷³ Voto proferido por ocasião do julgamento da ADI nº 939/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 18/03/2004.

registrou que sentia dificuldades de considerar a garantia prevista no artigo 150, IV, “b”, da Constituição como um direito individual; porém votou com a maioria no sentido de excluir do âmbito de incidência do IPMF os “templos de qualquer culto.”

4. Aspectos ligados ao Estado

4.1. Aspectos gerais

Os direitos fundamentais ligados à liberdade religiosa já foram estudados por um aspecto subjetivo, de sujeitos de direito portadores de direitos fundamentais. Esses direitos foram agrupados, para melhor sistematização em aspectos individuais e coletivos da liberdade religiosa.

Interessa-nos, nestas próximas linhas, verificar os aspectos objetivos/institucionais existentes na Constituição de 1988 ligados à idéia de liberdade religiosa.

Neste momento, então, nos interessarão os princípios ligados à separação igreja-estado e as cooperações de interesse público.

4.2. Modelos de relacionamento entre Igreja e Estado

Maria Emília Corrêa da Costa afirma que “a idéia de laicidade ou de separação entre Igreja e Estado, ainda que não seja pressuposto da liberdade religiosa, é elemento que fortalece a preservação desse direito fundamental. O próprio grau de liberdade religiosa em uma sociedade pode ser medido levando-se em conta, entre outras características, o tratamento dispensado pelo Estado às atividades religiosas e o grau de identificação entre as instituições governamentais e religiosas.”⁵⁷⁴,

De fato, a separação entre Igreja e Estado não é pressuposto obrigatório de todos os *graus* da liberdade religiosa. É plenamente possível que o Estado institua uma religião oficial e, mesmo assim, os indivíduos e as demais organizações religiosas gozem de um *relativo grau* de autonomia e de liberdade.

Porém, também, será certo que, ao instituir uma religião oficial, o Estado incentivará a prática de determinados ritos religiosos, em detrimento dos demais. A liberdade religiosa nesse Estado poderá reduzir-se facilmente à idéia de tolerância; considerando que a liberdade religiosa poderá ser entendida como uma mera concessão

⁵⁷⁴ *Apontamentos sobre a liberdade religiosa e a formação do Estado laico*. In. Roberto Arriada Lorea (org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre: 2008, p. 97

estatal para os praticantes de religiões não oficiais. Não é essa a postura exigida pela Constituição de 1988, a qual consagra a liberdade religiosa em termos amplos.

Em relação ao tema, a doutrina procura classificar os modelos de separação ou colaboração entre Igreja e Estado.

Claude Albert Colliard⁵⁷⁵, Celso Ribeiro Bastos⁵⁷⁶, José Afonso da Silva⁵⁷⁷ e Manoel Jorge e Silva Neto⁵⁷⁸ ensinam que o Estado e a religião podem se relacionar institucionalmente de três (3) maneiras distintas: (i) o Estado se confunde pessoalmente com determinada religião, autoridade ou organização religiosa, o que significa que há verdadeira *fusão* entre a autoridade política e religiosa; (ii) o Estado colabora com determinada religião, autoridade ou organização religiosa, em uma *união* de interesses e forças; ou (iii) o Estado adota uma postura de indiferença com relação às religiões, o que se denomina modernamente de *separação* ⁵⁷⁹.

Na história, em um primeiro e extenso período, preponderou a idéia de *fusão* entre o poder político e o religioso. A religião sempre foi um dos principais alicerces do poder político institucionalizado⁵⁸⁰. Trata-se do Estado Teocrático, ainda hoje presente no exemplo do Vaticano e de alguns Estados islâmicos⁵⁸¹.

É certo que as culturas mais antigas não distinguiam (ou distinguiam sem a nitidez presente em nossos dias) os limites da religião em relação ao poder estatal. Fustel de Coulanges, ao dissertar sobre “A cidade antiga”, afirma que a idéia de Rei

⁵⁷⁵ Cf. Albert Claude Colliard. *Libertés publiques*. Septième Édition. Dalloz, 1989, p. 430, item 322

⁵⁷⁶ Cf. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. p. 50. O doutrinador utiliza os termos fusão, união e separação.

⁵⁷⁷ Cf. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 253. O doutrinador utiliza os termos fusão, união e separação.

⁵⁷⁸ Cf. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. p. 35 e 36

⁵⁷⁹ Cf. José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 253.

⁵⁸⁰ “É por meio da religião, da fé, do controle metafísico, e da forma especial da pretensão de controlar o tempo e as chuvas que o Estado primário se constrói, e tão importante é esse elo que a maioria das grandes civilizações agrárias são classificadas através de suas religiões: cristã, hindu, budista, muçulmana, confuciana. Portanto, é perfeitamente correto falar em um Estado teocrático ou de um período teocrático no desenvolvimento de qualquer Estado. O Estado primário é fundamentalmente baseado na autoridade da religião, administrado quase sempre por sacerdotes ou escribas.” Robert Weaver Shirley. *Antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 30

⁵⁸¹ Cf. José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. p. 253

nasceu com o significado equivalente ao do “sacerdote do lar público”⁵⁸². O chefe político, freqüentemente, era também uma autoridade religiosa ou, pelo menos, havia uma enorme colaboração entre essas duas figuras⁵⁸³. Por esse motivo, não é de se estranhar que atos de descumprimento de preceitos hoje tidos como tão-só e puramente religiosos eram considerados “delitos políticos”, punidos duramente, com penas que seriam consideradas hoje cruéis e degradantes⁵⁸⁴.

No Ocidente, em geral, pelo menos desde a consolidação dos chamados Estados Nacionais, já não havia *fusão*, mas *união* entre a autoridade religiosa e a política. Não mais foi permitido às autoridades religiosas que determinassem as políticas do Estado, as quais eram privativas do monarca. Ao contrário, o monarca passa a intervir com freqüência em aspectos religiosos, com a indicação de sacerdotes e bispos. A autoridade espiritual se distingue da autoridade política, com o surgimento, inclusive, de grande discordância entre essas autoridades. Porém, também nessa fase, o Estado ainda permanece colaborando com determinada organização religiosa ou religião, em prejuízo das demais existentes. Não há Estado laico e ainda não há liberdade religiosa, como entendida atualmente.

Atualmente, após séculos (ou milênios) de evolução das instituições e das idéias políticas, na maioria dos Estados Ocidentais, consagra-se a *separação* entre a religião e o poder do Estado, com a expressa proteção da liberdade religiosa como um direito fundamental. É caso de todas as Constituições Brasileiras, a partir de 1891.

Em outra classificação, Maria Emília Corrêa da Costa afirma que, na atualidade, em países democráticos ocidentais, há três grandes grupos: (i) *Estados confessionais* ou de *confissão dominante*, ainda que prevista a liberdade de professar e praticar outras religiões (Dinamarca, Suécia, Finlândia, Grã-Bretanha); (ii) *Estados separatistas*, em que vige o princípio da separação Igreja-Estado; e (iii) *Estados de*

⁵⁸² Afirma Coulanges: “O lar doméstico tivera um sumo-sacerote no pai de família; o lar da cúria, no curião ou no fratriarca; cada tribo também tinha um chefe religioso, a quem os atenienses chamavam rei da tribo. A religião da cidade igualmente devia ter o seu pontífice.

O sacerdote do lar público usava do nome de rei. (...)” *A cidade antiga*. Trad. Jean Melville, São Paulo: Martin Claret, 2004, IX, par. 1º, p. 191

⁵⁸³ É o caso, por exemplo, do Estado Hebreu antigo, onde a figura do Sumo Sacerdote era distinta da figura do Rei.

⁵⁸⁴ Nos primeiros anos da expansão do cristianismo, o Império Romano o considerou uma ameaça. Os cristãos não aceitavam a natureza divina do Imperador e eram mortos, inclusive para diversão do povo.

inspiração laicista (França). Com relação ao grupo (ii), a autora afirma que seus integrantes subdividem-se em (ii.1) Estados separatistas *com colaboração* (Alemanha, Espanha, Itália) e (ii.2) Estados separatistas *sem colaboração* (Portugal, Áustria, Bélgica, Holanda)⁵⁸⁵.

4.3. Modelos de interpretação da cláusula da separação

Dieter Grimm ensina que, mesmo em estados religiosamente neutros, pode haver várias posturas em relação ao fenômeno religioso. Há o “secularismo militante” que nega as crenças religiosas e insiste em renegar a religião a esfera privada. Há o “secularismo que separa a igreja do Estado: o Estado aceita o papel que a religião tem na sociedade, mas é proibido de promover atividades religiosas ou dar subsídios materiais ou imateriais para as comunidades religiosas.” E, por fim, há o “secularismo que reconhece a religião como uma necessidade humana elementar que procura a expressão pública, uma necessidade que o Estado não somente tem que respeitar, mas também proteger e talvez promover (...)”⁵⁸⁶.

Nos Estados Unidos, segundo Thomas Baker e Jerre Williams, há duas correntes de interpretação da “non-establishment clause”. Há uma corrente “separacionista” que entende que entre a religião e o Estado há uma profunda tensão; a cláusula da separação evita a corrupção mundana da religião e a cooptação dos interesses públicos e privados das influências eclesiásticas. Há também a doutrina dos “não preferencialistas” que acredita que o Estado pode ajudar a religião, desde que não prefira uma religião em detrimento da outra ou em detrimento do ateísmo; as religiões podem competir uma com as outras, mas nenhuma pode impor dominação sobre as outras⁵⁸⁷.

Assim, a cláusula da separação entre a religião e o Estado pode evidenciar distintas interpretações, dependendo da cultura de cada país e dos julgadores.

O reconhecimento de que há distinção entre as diferentes concepções de neutralidade estatal é importante. Algo considerado válido na extrema separação Igreja-Estado francesa pode ser considerado inconstitucional nos Estados Unidos, por ser

⁵⁸⁵ *Apontamentos sobre a liberdade religiosa e a formação do estado laico*. p. 108

⁵⁸⁶ *Freedom of religion in the secular constitutional state*. p. 2373

⁵⁸⁷ Cf. *Constitutional analysis in a nutshell*. p. 448

afrontoso à liberdade de expressão religiosa⁵⁸⁸.

Vejamos, assim, a postura que deve prevalecer no Brasil, considerando as disposições de nossa Constituição.

4.4. A neutralidade brasileira

Em linhas gerais, o princípio da neutralidade estatal tem o propósito principal de assegurar o exercício da liberdade religiosa em grande escala: determina a igualdade entre as religiões frente ao Estado; garante o distanciamento entre a religião e o Estado; reconhece a legitimidade de uma democracia secular (e não por indicação de algum poder divino); permite a divisão entre as religiões⁵⁸⁹.

A respeito da neutralidade do Estado, no caso *Everson vs. Board of Education*⁵⁹⁰, a Suprema Corte dos Estados Unidos firmou as bases para o princípio da neutralidade do Estado em matéria religiosa. “A cláusula do *establishment of religion* da Primeira Emenda significa pelo menos isso: Nenhum estado ou o Governo Federal pode estabelecer uma igreja. Nem pode aprovar leis que ajudem uma religião, todas as religiões, ou que preferira uma religião em detrimento da outra. Nem pode obrigar ou influenciar pessoa para ir ou permanecer fora de igreja contra a sua vontade ou obrigar a professar uma crença religiosa ou não-crença. Nenhuma pessoa pode ser punida por manifestar ou professar crenças ou descrenças religiosas, em obediência ou desobediência de uma igreja. Nenhum tributo, em qualquer valor, grande ou pequeno, pode ser cobrado para suportar qualquer atividade religiosa ou suas instituições, independentemente do que seja chamado ou qualquer que seja a adoção do ensino ou a prática da religião. Nenhum estado ou o Governo Federal pode, aberta ou secretamente, participar dos negócios de qualquer organização religiosa ou grupos e vice-versa. Nas palavras de Jefferson, a cláusula contra o estabelecimento de uma religião pela lei, tem a intenção de erigir um muro de separação entre a Igreja e o Estado.”

⁵⁸⁸ Cf. Dominique Custos. *Secularism in french public schools: back to war? The french statute of march 15, 2004*. The American Journal of Comparative Law. N. 54. Spring, 2006., p. 340

⁵⁸⁹ Cf. Steven K. Green. *Symposium: a second-class constitutional right? Free exercise and the current state of religious freedom in the united states: religious liberty as a positive and negative right*. p. 1455

⁵⁹⁰ Suprema Corte dos Estados Unidos. *Everson v. Board Of Education Of Ewing TP.*, 330 U.S. 1 (1947) 330 U.S. 1. *Everson v. Board of Education of Ewing TP. et al.* No. 52. Argued Nov. 20, 1946. Decided Feb. 10, 1947.

Nesse mesmo julgamento, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a Primeira Emenda “determina que o Estado seja neutro nas suas relações com grupos de crentes e de não crentes; não determina que o Estado seja seu adversário. O poder do Estado não pode ser usado de forma desfavorável às religiões, assim como não pode ser usado para favorecê-las.”

O precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos pode servir de inspiração para o controle também no caso brasileiro. Assim, em um primeiro momento, a idéia de neutralidade corresponde à indiferença do Estado em relação à religião. O Estado não pode favorecer, nem impedir o exercício religioso. É esse o princípio da *separação*.

Feita essa consideração preliminar, vejamos as peculiaridades da Constituição Federal de 1988.

Em nenhum momento, a Constituição de 1988 afirma expressamente que o Brasil seja um Estado laico.

Há expressa proibição dos entes federativos (União, Estado, Distrito Federal e Municípios) de instituírem, subvencionarem ou embaraçarem o funcionamento de organizações religiosas ou mesmo manterem dependência ou aliança com as organizações religiosas (artigo 19, I, da Constituição Federal). A regra segue a tradição das constituições republicanas anteriores. Embora totalmente vinculada à idéia de liberdade religiosa, não se encontra entre os direitos e deveres individuais e coletivos, previstos no artigo 5º da Constituição.

No modelo brasileiro, nos termos do artigo 19, I, a regra é a da *separação* (ou seja, de indiferença com o fenômeno religioso). Em caráter de exceção, a Constituição de 1988 ressalva a possibilidade de “colaboração de interesse público.”

A Constituição Federal prossegue, agora mais nitidamente preocupada com o aspecto religioso do que se poderia inferir da mera “colaboração de interesse público”. Há previsão expressa de escusa de consciência, aplicável ao campo religioso. Há previsão de imunidade tributária, em relação aos templos de qualquer culto. Há consagração de direito fundamental à assistência religiosa em instituições civis e militares. Há previsão de ensino religioso e do reconhecimento civil do casamento religioso.

Diante disso, deve-se reconhecer duas realidades jurídicas eventualmente antagônicas, ambas presentes na Constituição Federal. O modelo adotado

pelo Brasil é o da separação, em consonância com as constituições dos países ocidentais.

Porém, a Constituição Federal reconhece um valor positivo na prática da religião, seja qual for, assegurando de forma ampla o seu exercício. Caso contrário, a Constituição não estaria abarcando tantos dispositivos relativos ao exercício religioso, consagrando exceções à obediência geral das leis (escusa de consciência e imunidade tributária) e à extremada laicidade estatal (ensino religioso na esfera pública e reconhecimento do casamento religioso).

Assim, no caso brasileiro, a neutralidade do Estado não deve ser entendida como o princípio de uma *separação absoluta*. É uma separação *mitigada* ou *atenuada*.⁵⁹¹

Nas palavras de Elival da Silva Ramos: “há a separação atenuada, em que o Estado emite um julgamento positivo sobre a religião em geral, embora predominem os objetivos laicos, legalmente estabelecidos, sobre os objetivos religiosos e não haja opção por determinada seita. Essa valoração positiva da crença é sentida em disposições, conquanto reduzidas, que estimulam e favorecem a disseminação de práticas religiosas, mesmo que não envolvam subvenção.”⁵⁹²

Embora separado de todas as organizações religiosas e sem poder favorecer nenhuma religião em particular, o Estado brasileiro as reconhece como importantes, na realização dos direitos fundamentais dos indivíduos e, portanto, na legitimidade do Estado⁵⁹³. Por esse motivo, a Constituição atenua expressamente o

⁵⁹¹ Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz. *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. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Revista dos Tribunais, Ano 5, nº 20, Julho-Setembro de 1997, p. 23. No mesmo sentido, Elival da Silva Ramos. *Notas sobre a liberdade de religião no Brasil e nos Estados Unidos*. Revista PGE/SP, jan./dez. 1987, p. 238.

⁵⁹² *Notas sobre a liberdade de religião no Brasil e nos Estados Unidos*. p. 238

⁵⁹³ Nesse mesmo sentido, a lição de T. Jeremy Gunn: “A respeito dos Estados Unidos, emergiu, embora mais recentemente do que sugere o mito – uma muito saudável presunção de que pessoas com opiniões religiosas muito divergentes devem ser protegidos pelo Estado e que respeitar a liberdade religiosa positivamente ajuda à saúde e à força do Estado. Tais políticas e atitudes não são somente muito consistentes com os parâmetros de proteção internacional dos direitos humanos que protegem a liberdade religiosa, eles também respeitam profundamente a dignidade humana e a liberdade dos indivíduos de serem devotos de uma religião.” *International Law and Religion Symposium: Article: Religious Freedom and Laicity: A comparison of the United States and France*. Brigham Young University Law Review, 2004, p. 503.

modelo da separação.

E esse valor positivo das religiões, dado pela Constituição Federal, deve ser considerado pelo intérprete do direito constitucional, na análise do caso concreto.

4.5. A defesa extremada do laicismo

André Ramos Tavares distingue com propriedade *laicismo* de *laicidade*. “O laicismo significa um juízo de valor negativo, pelo Estado, em relação à postura de fé.⁵⁹⁴” Por outro lado, a laicidade é o correspondente à neutralidade nos assuntos religiosos; a não intromissão do Estado em assuntos religiosos.

No Brasil, a doutrina tem divergido quanto ao sentido do princípio da neutralidade do Estado.

Em alguns casos, tem-se adotado a defesa de uma postura extrema de laicismo. É uma postura muitas vezes adotada por grupos ou pessoas que defendem a legalização do aborto e dos direitos das mulheres. Em outra corrente, entendem que o debate político deve estar totalmente alheio ao debate religioso⁵⁹⁵.

Nesse sentido, Roberto Arriada Lorea afirma que o princípio do estado laico e da pluralidade do pensamento impõe a necessária descriminalização do aborto. Em suas palavras, “ao reformar a legislação atual para descriminalizar o aborto no país, os legisladores estariam assegurando a diversidade, contemplando a possibilidade de que nenhuma posição se sobreponha às demais, com isso fomentando o debate civilizado e respeitando a decisão de cada um na esfera individual.⁵⁹⁶”

Na mesma visão, Julia Silva em matéria sobre a organização “Católicas pelo Direito de Decidir”, afirma que “um Estado laico é aquele desprovido de influência religiosa em suas políticas públicas e, mais que isso, aquele que deve garantir a liberdade religiosa a sua população. Por isso, é curioso perceber como o Brasil abraça a religião e seus fundamentos quando entram em pauta assuntos como o exercício da sexualidade,

⁵⁹⁴ Cf. *Religião e neutralidade do estado*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n. 5. Item 3.1.

⁵⁹⁵ No Brasil, desconhecemos quem defenda o laicismo nos moldes franceses.

⁵⁹⁶ *Acesso ao aborto e as liberdades laicas*. Horizontes Antropológicos, Porto Alegre, ano 12, n. 26, jul./dez. 2006, p. 198

especialmente da mulher, e o aborto.⁵⁹⁷”

Não queremos entrar na questão se o aborto deve ou não ser legalizado. Nosso tema é, somente, a liberdade religiosa e a neutralidade estatal.

Em simplificação do raciocínio de Roberto Arriada Lorea e de alguns defensores de uma postura extremada de laicismo, o aborto somente é proibido por razões religiosas. Pelo princípio da neutralidade, os argumentos religiosos são inválidos. Assim, o aborto deve ser legalizado.

Em primeiro lugar, reconhecemos que não são somente motivos religiosos que justificam a proibição do aborto. Também o são os argumentos *jurídicos* favoráveis à existência da vida desde a concepção e os da dignidade humana do feto⁵⁹⁸. Além disso, há argumentos que podem ser levantados de ordem ética, moral, psicológica e médica.

Porém, sem dúvida, está com a razão Roberto Arriada Lorea quando afirma que os argumentos religiosos são muitas vezes utilizados no debate a respeito da legalização do aborto.

Nesse ponto, importa-nos reconhecer um fato: o debate político não está imune aos argumentos de origem religiosa. E uma sociedade plural importa reconhecer que todos os argumentos devem ser levados em consideração no debate público, ainda que de origem religiosa⁵⁹⁹.

Ademais, considerando a tradição brasileira, fortemente católica, será muito fácil transmutar argumentos religiosos em argumentos morais, de interesse público e de outras ordens.

Assim, a concepção possível de neutralidade reconhece a existência do fenômeno religioso e de sua força no âmbito político. E, considerando o texto da

⁵⁹⁷ *O direito de decidir*. MPD – dialógico. Revista do movimento do ministério público democrático. Ano V, n. 22. 2008, p. 13

⁵⁹⁸ Este último reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3510 (Informativo STF nº 508, de 26 a 30/05/2008)

⁵⁹⁹ “Pretender que o Estado adote um total distanciamento da religião pode significar não apenas algo não desejável como também impossível (e fraudulento, neste sentido, por encobrir uma realidade não declarada e, possivelmente, não consentida e não-compartilhada socialmente) além de ser um caminho propício para a diminuição da liberdade religiosa plena.” (André Ramos Tavares. *Religião e neutralidade do estado*. Item 3.1.)

Constituição de 1988, a neutralidade do Estado reconhece no fenômeno religioso algo positivo, e não que deve ser combatido. No Brasil, a neutralidade encontra-se na existência de uma indiferença, mas indiferença com respeito a todas as religiões, sem o favorecimento de nenhuma.

Em um texto constitucional que consagra uma separação mitigada, bastante garantista em relação ao fenômeno religioso, entendemos que não procede uma visão extremada de laicismo, a ponto de excluir do debate político razões religiosas, sejam expressas ou disfarçadas em discursos morais, éticos ou filosóficos.

A neutralidade estatal está garantida quando não há o favorecimento nem a imposição de ônus às religiões ou a determinadas religiões. Não se pode exigir que argumentos religiosos estejam desvinculados do processo político. Esta seria, em nossa opinião, uma defesa extremada do laicismo.

No Brasil, políticas laicistas, que conferissem aspecto negativo à determinada religião ou às religiões, seriam inconstitucionais. Essas políticas, freqüentemente apontadas na França, acabam por impor aos seguidores de religiões minoritárias a escolha entre a sua religião e o sua participação na sociedade. Ademais, na prática, podem acabar isolando comunidades, com a criação de grandes problemas sociais e econômicos⁶⁰⁰. Há fundadas dúvidas se os grupos religiosos minoritários renunciarão os seus dogmas, para se adequar a um modelo estabelecido conforme a orientação dominante. Ao invés de pacificar a sociedade, políticas laicistas que desrespeitam as religiões podem causar sérios problemas sociais⁶⁰¹.

4.6. O preâmbulo da Constituição e o caso da moeda de Real

Nos termos do seu preâmbulo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi promulgada “sob a proteção de Deus.”⁶⁰²,

⁶⁰⁰ Cf. Maximilien Turner. *Comment: the price of a scarf: the economics of strict secularism*. University of Pennsylvania Journal of International Economic Law. N. 26. Summer, 2005. p. 346

⁶⁰¹ Os Estados Unidos, com a sua centenária tentativa de abarcar e proteger as diferentes posições religiosas, são modelo mais adequado jurídica e politicamente para o Brasil.

⁶⁰² “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia 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

Isso não significa que a Constituição resolveu consagrar a necessidade de obediência à determinada doutrina religiosa. Não significa sequer a apologia a uma idéia monoteísta, em contraposição às religiões politeístas.

Nesse ponto, em acórdão paradigmático, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o preâmbulo da Constituição Federal, como a menção a Deus, não possui força normativa obrigatória, motivo pelo qual não se trata de norma de reprodução obrigatória nos estados-membros. Nos termos do voto do Ministro Carlos Velloso, “a referência ou invocação à proteção de Deus não tem maior significação, tanto que as Constituições de Estados cuja população pratica, em sua maioria, o teísmo, não contém essa referência. Menciono, por exemplo, as Constituições dos Estados Unidos da América, da França, da Itália, de Portugal e da Espanha.” Para o Ministro Sepúlveda Pertence, a locução “sob a proteção de Deus” não poderia ser norma jurídica, pois não tem a pretensão de criar obrigação à entidade invocada⁶⁰³.

Na Europa, por ocasião da elaboração do preâmbulo a Constituição da União Européia, houve intensa discussão entre os que queriam a referência à “herança do cristianismo”, a consagração expressa da laicidade ou a simples omissão de qualquer referência religiosa⁶⁰⁴. Prevaleceu, no entanto, no texto do preâmbulo, a referência positiva à ‘herança cultural, religiosa e humanista da Europa’⁶⁰⁵.

Não sabemos se a referência à herança religiosa (cristã) da Europa implicará em alguma consequência prática, no âmbito jurídico na solução de casos práticos, na União Européia. No Brasil, o Supremo Tribunal já se manifestou no sentido de que não há força normativa no texto do preâmbulo, que afirma que a Constituição foi promulgada “sob a proteção de Deus”.

Da mesma forma, também a referência “Deus seja louvado” nas

interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

⁶⁰³ STF, Pleno, ADI 2076-5/AC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 08/08/2003

⁶⁰⁴ Cf. Jean-Louis Clergerie. *La place de la religion dans la future constitution européenne*. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à L'Étranger. Paris. n.3. mai/juin. 2004, p. 740

⁶⁰⁵ É texto do preâmbulo da Constituição da União Européia: “INSPIRANDO-SE no património cultural, religioso e humanista da Europa, de que emanaram os valores universais que são os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana, bem como a liberdade, a democracia, a igualdade e o Estado de Direito, (...)”

cédulas de Real não significa que o Estado brasileiro possa fazer apologia a crença religiosa.

Nesse sentido, Manoel Jorge e Silva Neto afirma que a menção a Deus tem por objetivo estimular as pessoas a acreditarem no “Plano Real” e não professar alguma doutrina religiosa⁶⁰⁶.

Particularmente, entendemos que qualquer referência a Deus, ainda que de forma genérica (“Deus seja louvado”), em documentos públicos, poderia violar o direito de quem não acredita em qualquer religião. “De lege ferenda”, acreditamos que essa referência deveria ser retirada de documentos públicos, como é o caso da moeda Real.

Porém, entendemos que a opção pela menção “Deus seja louvado”, nas notas de Real, é opção válida eleita pelo administrador, pois (i) o próprio preâmbulo da Constituição faz referência genérica a Deus; e (ii) na análise das cédulas de Real, percebe-se que não houve apologia a uma doutrina religiosa específica; a palavra “Deus” pode ser representativa de tantas crenças, que acaba esvaziando seu significado teológico específico.

4.7. O ensino religioso nas escolas públicas

A existência de ensino religioso nas escolas públicas é imposição do artigo 210, § 1º, da Constituição Federal (“o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.”).

Somos bastante críticos dessa previsão constitucional. Na prática, há inúmeros problemas que o dispositivo suscita, pois sua interpretação possibilita o custeio estatal de atividades religiosas e a discriminação entre doutrinas religiosas. O Estado deve se preocupar com o ensino secular de ciências físicas, biológicas, matemáticas ou humanas. Tomar para si a responsabilidade de ofertar ensino religioso é, no mínimo, temerário.

Porém, trata-se de previsão constitucional, consagrada pelo Poder

⁶⁰⁶ “Insubsistente, nesse passo, a defesa de qualquer entendimento que insinue vinculação do Estado brasileiro à crença religiosa, porquanto a referência ao nome de Deus em notas de curso forçado cumpre simplesmente o propósito de identificar os indivíduos ao Plano Real, creditando-o como norma planejadora apta e eficaz para a melhoria da vida das pessoas.” *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. p. 141

Constituinte Originário.

Inicialmente, o dispositivo constitucional não deixa dúvidas: trata-se de *disciplina* de ensino *religioso*; *facultativo* para os alunos e *obrigatório* para o Estado; a disciplina será outorgada nos *horários normais* das escolas públicas.

No Acordo relativo ao Estatuto da Igreja Católica no Brasil, há dispositivo que praticamente tem o mesmo sentido do consagrado na Constituição de 1988. Há o reconhecimento expresso da “importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa”, o que poderia ser inferido diretamente da própria existência de um dispositivo constitucional a respeito do assunto⁶⁰⁷.

Em parecer, Anna Cândida da Cunha Ferraz sustentou que o artigo 210, § 1º, da Constituição não é norma de eficácia imediata. Segundo a doutrinadora, “embora pareça norma completa, suficientemente definida seja quanto à hipótese (ensino religioso no ensino fundamental das escolas públicas), seja quanto à disposição (comando impositivo), trata-se de norma que, na verdade, demanda, para a sua aplicação, uma regulamentação que fixe condições para sua inclusão em horários normais do ensino fundamental (...).⁶⁰⁸” Para essa doutrinadora, o ensino religioso, embora um direito fundamental, não pode ser exigido do Estado, por não se tratar de um direito público subjetivo⁶⁰⁹.

A posição de Anna Cândida da Cunha Ferraz não se sustenta frente à regulamentação atual. Há lei ordinária federal e também Resolução no Conselho Nacional de Educação que enquadra o ensino religioso como área de conhecimento, nos currículos de ensino fundamental⁶¹⁰.

⁶⁰⁷ “Artigo 11. A República Federativa do Brasil, em observância ao direito de liberdade religiosa, da diversidade cultural e da pluralidade confessional do País, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa.

§1º. 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.”

⁶⁰⁸ *O ensino religioso nas escolas públicas*. p. 35

⁶⁰⁹ *O ensino religioso nas escolas públicas*. p. 36 “Não pode o Estado ser compelido a ‘ministrar’ o ensino religioso, que de resto é facultativo para os alunos.”

⁶¹⁰ Conselho Nacional de Educação. Resolução da Comissão de Ensino Básico nº 2, de 7 de abril de 1998. Artigo 3, IV, “b”, 9º.

De toda sorte, a regra é a neutralidade do Estado em assuntos religiosos. Se não houvesse a previsão constitucional, não seria possível a fixação do ensino religioso em escolas públicas⁶¹¹.

O conteúdo da disciplina é o ensino *religioso*. Não é ensino de filosofia, nem de ética, nem de moral⁶¹². A religião deve ser o tema central da disciplina. Essa é a única interpretação possível em razão do campo semântico da expressão *ensino religioso*.

Que tipo de ensino religioso?

Ives Gandra da Silva Martins disserta que se trata de ensino da religião Católica Apostólica Romana⁶¹³. Anna Cândida da Cunha Ferraz afirma que o ensino religioso ministrado é o da opção do aluno⁶¹⁴.

Ambas as soluções parecem inapropriadas. Embora não haja dúvida do peso histórico da doutrina Católica Romana na formação cultural do povo brasileiro, não há razão no argumento de que há uma opção do Poder Constituinte Originário por uma determinada organização religiosa⁶¹⁵. Ademais, afirmar que o ensino religioso deve ser da opção do aluno inviabiliza em termos práticos qualquer organização a respeito; afinal, na prática, não haverá aulas particulares (um professor para cada aluno), mas coletiva. Ao aluno que não se sentir a vontade, permite-se que se retire da sala de aula.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996), com a redação dada pela Lei nº 9.475/1997, estabelece que haverá participação das denominações religiosas, para a definição dos conteúdos da disciplina de

⁶¹¹ Cf. Anna Cândida da Cunha Ferraz. *O ensino religioso nas escolas públicas*. p. 33

⁶¹² “Se se tratasse de matéria não afeta a uma religião, se se tratasse de ensino desvinculado de religiões ou confissões religiosas, o preceito constitucional não seria necessário” (Anna Cândida da Cunha Ferraz. *O ensino religioso nas escolas públicas*. p. 39).

⁶¹³ “Ao garantir o livre arbítrio do aluno, mas ao impor o ensino religioso, parece-me óbvio que se referiu ao ensino religioso da Igreja fundada por Cristo e que outorgou apenas a Pedro a sua preservação, ao dizer que sobre aquela pedra fundaria a sua Igreja – e não as suas Igrejas -, isto é a Igreja que permitiu ao país ter o nome de Terra da Santa Cruz e ter o Estado vinculado à Igreja Católica por 4 séculos.” Ives Gandra da Silva. *Educação religiosa nas escolas públicas – Inteligência do art. 210 da Constituição Federal - Opinião legal*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. Ano 20, jan-março 1996, vol. 75. p. 120

⁶¹⁴ Cf. *O ensino religioso nas escolas públicas*. p. 39

⁶¹⁵ STF, Pleno, ADI 2076-5/AC, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 08/08/2003

ensino religioso. De toda forma, veda-se expressamente o proselitismo⁶¹⁶.

A regulamentação legal, como quase sempre, não é imune às críticas. A eventual (e natural) tomada de posição pelo professor, na prática, configurará influência nos alunos e, portanto, ato de proselitismo. Nesse ponto, entendemos que a vedação ao proselitismo deve ser interpretada como a proibição do *evidente intuito* de angariar novos adeptos à religião. O ensino religioso comedido, respeitoso e plural deve ser permitido e incentivado, nos termos da Constituição.

Andou bem o legislador ao pretender uma influência plural, na definição dos conteúdos da disciplina. Ademais, é evidente que, ao vedar o proselitismo, a lei pretendeu respeitar os direitos dos alunos, de não serem constrangidos a abraçar determinadas práticas religiosas. Não pretendeu impedir, no entanto, qualquer indicação de debates doutrinários como a existência de vida após a morte, ressurreição, reencarnação, entre outros temas naturais das religiões.

Questão tormentosa diz respeito a quem deve escolher e custear os honorários dos professores de ensino religioso, nas escolas públicas.

Doutrinariamente, Anna Cândida da Cunha Ferraz sustentou que não caberia ao Estado nem escolher nem custear os professores da disciplina⁶¹⁷. Por sua vez, Ives Gandra da Silva Martins afirma que o Estado deve custear a remuneração dos professores⁶¹⁸.

Em nível normativo infraconstitucional, a Lei nº 9.394/1996, na sua redação original, era expressa na vedação do custeio, pelo Estado, dos professores da disciplina⁶¹⁹. Após a edição da Lei nº 9.475/1997 essa proibição deixou de existir.

⁶¹⁶ “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. (Redação dada pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997)

§ 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.”

⁶¹⁷ Cf. *O ensino religioso nas escolas públicas*. p. 41

⁶¹⁸ Cf. *Educação religiosa nas escolas públicas*. p. 123

⁶¹⁹ Essa era a redação do caput do artigo 33: “O ensino religioso, de matrícula facultativa, constitui

No nosso entendimento, parece lógico que, se a Constituição determinou que o Estado fornecesse o ensino religioso, também possibilitou o custeio da disciplina pelo Estado.

Nesse mesmo diapasão, entendemos que não há qualquer óbice de o professor de ensino religioso ser contratado diretamente pelo Estado, sem interferência de qualquer organização religiosa⁶²⁰. Nos termos da Lei nº 9.394/1996, as organizações religiosas participam da formulação dos conteúdos da disciplina, não da contratação dos professores.

Aliás, a interferência da organização religiosa na contratação dos professores significaria uma violação ao princípio da neutralidade estatal. Embora o Estado não esteja imune às influências religiosas, o mesmo não poderá exigir uma “licença religiosa especial”, outorgada pelas organizações religiosas, para a contratação de professor. Caso contrário, na prática, o Estado estaria ferindo o direito do professor de manter sua privacidade em matéria de religião e, também, de mudar de religião.

É inviável que o Estado promova concurso especificamente para professor de ensino religioso. Isso porque, a depender das questões formuladas no concurso, será praticamente impossível o Estado se manter afastado de debates religiosos, como exige a Constituição. Preferível, assim, é que professores já integrantes do quadro do Estado sejam direcionados para a ministração do ensino religioso.

Também em nosso entendimento, caberá primariamente ao Estado a fiscalização das atividades do professor de ensino religioso. Não a ponto de estimular a ortodoxia, mas para evitar o proselitismo desmesurado. Poderá intervir se existir violação à ordem do estabelecimento, ou estímulo à discriminação entre os alunos. E, por fim, também poderá intervir caso o professor não esteja ministrando ensino religioso, mas fazendo apologias a doutrinas políticas, sociais ou filosóficas desde que desvinculadas totalmente da religião.

No direito comparado, sobre o ensino religioso, seu conteúdo e custeio,

disciplina dos horários normais das escolas públicas do ensino fundamental, sendo oferecido, sem ônus para os cofres públicos, de acordo com as preferências manifestadas pelos alunos ou por seus responsáveis, em caráter: (...).”

⁶²⁰ Jayme Weingartner Neto afirma que esse é o procedimento adotado comumente na prática, no Brasil. Cf. *Liberdade religiosa na constituição*. p. 263

o Tribunal Constitucional português decidiu pela constitucionalidade de artigos da Portaria nº. 333/86 e de toda Portaria nº. 831/87⁶²¹. Essas Portarias regulamentavam a obrigatoriedade do ensino da disciplina “Religião e Moral Católicas”, de responsabilidade da Igreja Católica, aos alunos de ensino primário. Entendeu o Tribunal Constitucional que o ensino religioso em escolas públicas há de ser responsabilidade exclusiva da Igreja⁶²². O ensino é facultativo para os alunos, porém, a “atividade alternativa⁶²³” poderá ser obrigatória. Nos dizeres do Tribunal Constitucional, o Estado tem o dever de proporcionar à Igreja Católica o ensino da disciplina de Religião e Moral Católicas; sendo que o dever tem o fundamento constitucional no princípio da liberdade religiosa em sua vertente positiva e também no dever do Estado de cooperar com os pais na educação dos filhos⁶²⁴. Por fim, concluiu também que há inconstitucionalidade na “dupla representação” (o mesmo professor lecionar uma disciplina laica – obrigatória – e a religiosa – facultativa).

4.8. O uso de símbolos religiosos pelo Estado

No Brasil, tem-se tornado relevante a discussão acerca da manutenção dos diversos símbolos religiosos pelo Estado, em espaços públicos. Não é raro encontrar no Brasil símbolos religiosos, especialmente crucifixos, em salas de audiências, tribunais e outros espaços privativos do Estado. Mesmo o Supremo Tribunal Federal possui um crucifixo no seu plenário.

Na Suprema Corte dos Estados Unidos há precedentes interessantes e contraditórios sobre o tema, proferidos no mesmo dia.

⁶²¹ Tribunal Constitucional de Portugal. Acórdão n 173/93, Processo n 322/88, Rel. Alves Correia

⁶²² “Quer isto dizer que o ensino religioso, na escola pública, não pode ser uma tarefa pública, uma tarefa do Estado, da própria escola, há-de ser, antes, da exclusiva responsabilidade da Igreja.”

⁶²³ Outra disciplina ministrada para os que não aceitam a disciplina “Moral e Religião Católicas”.

⁶²⁴ “(...) há-de incumbir ao Estado o “dever” de proporcionar à Igreja Católica o ensino da disciplina de Religião e Moral Católicas, nas escolas primárias, aos alunos cujos pais, ou quem as suas vezes fizer, manifestarem expressamente a vontade de o receber. Esse “dever” tem o seu fundamento constitucional, desde logo, no princípio da *liberdade religiosa*, na sua vertente positiva. Mas é sobretudo na obrigação que sobre o Estado recai de cooperar com os pais na educação dos filhos [artigo 67º, nº 2, alínea c), da Constituição] que aquele “dever” do Estado” - e o correlativo direito dos pais - encontra a sua base de legitimação constitucional.”

Em *Van Orden v. Perry*⁶²⁵, a Suprema Corte, em julgamento apertado (5 a 4 – prevaleceu a opinião do *Chief Justice* Rehnquist e os *Justices* Scalia, Kennedy, Tomas e Breyer) entendeu que não haveria afronta à Primeira Emenda a existência de um grande monumento, com a inscrição dos dez mandamentos, no Capitólio do Estado do Texas. Nos termos do precedente, o monumento continha símbolos americanos, como a águia e a bandeira americana, um olho dentro de uma pirâmide e duas pequenas tábuas com a inscrição dos dez mandamentos. Nesse precedente, a Suprema Corte levou em consideração os seguintes fatos: (i) existência de tradição cultural judaico-cristã; (ii) o princípio da neutralidade não implica em hostilidade em relação à religião; (iii) inscrições dos dez mandamentos são freqüentes em órgãos públicos, havendo uma inclusive na Suprema Corte; e (iv) o monumento existia há mais de 40 anos, sem questionamento judicial.

Porém, em *McCreary v. ACLU of Kentucky*⁶²⁶, a Suprema Corte decidiu que a existência de inscritos bem visíveis dos dez mandamentos, no tribunal de Kentucky, feria a Primeira Emenda da Constituição americana. Também em votação apertada (5 a 4 – prevalecendo a opinião dos *Justices* Souter, Stevens, O'Connor, Ginsburg e Breyer⁶²⁷). Entendeu-se, no caso, que a inscrição dos dez mandamentos tinha nítido propósito religioso. Nas palavras do *Justice* Souter, não se nega que os dez mandamentos influenciaram na legislação secular. Porém, o texto original tem, sem dúvida, conotação religiosa, e leva em consideração obrigações, sanções e a moral religiosa.

No mesmo sentido, há quase 30 anos, em *Stone v. Graham*⁶²⁸, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu pela inconstitucionalidade de lei do Estado do Kentucky que obrigava a existência de cópia dos dez mandamentos, comprados com

⁶²⁵ Suprema Corte dos Estados Unidos. *Van Orden v. Perry*, in his official capacity as Governor Of Texas and Chairman, State Preservation Board, et al. Certiorari to the United States Court Of Appeals For The Fifth Circuit No. 03-1500. Argued March 2, 2005--Decided June 27, 2005.

⁶²⁶ Suprema Corte dos Estados Unidos. *McCreary County, Kentucky, et al. v. American Civil Liberties Union Of Kentucky et al.* Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Sixth Circuit; No. 03-1693. Argued March 2, 2005--Decided June 27, 2005.

⁶²⁷ Como se pode perceber foi exatamente o Justice Breyer quem mudou de opinião.

⁶²⁸ Suprema Corte dos Estados Unidos. *Stone v. Graham*, 449 U.S. 39 (1980); 449 U.S. 39; *Stone Et Al. v. Graham*, Superintendent Of Public Instruction Of Kentucky On Petition For Writ Of Certiorari To The Supreme Court Of Kentucky; No. 80-321.; Decided November 17, 1980

contribuições *privadas*, nas salas de aula de escolas públicas. A Suprema Corte entendeu que não havia razão secular para a existência dos dez mandamentos nas salas de aula.

No Brasil, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, há jurisprudência no sentido de que os símbolos religiosos não devem ser obrigatoriamente retirados dos diversos tribunais. Com exceção do relator, todos os ministros entenderam que os objetos seriam símbolos da cultura brasileira e que não interferiam na universalidade e imparcialidade do Poder Judiciário⁶²⁹. Também Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, já manifestou, em entrevistas, que há “certo exagero” naqueles que pretendem a retirada de crucifixos nos tribunais⁶³⁰. Na doutrina, José Levi Mello do Amaral Júnior está entre os que defendem a manutenção do crucifixo do Supremo Tribunal Federal, por motivos culturais e artísticos⁶³¹.

Assim, no Brasil, em relação a pronunciamentos de órgãos oficiais,

⁶²⁹ “*Pedido de Providências. Pretensão de que se determine aos Tribunais de Justiça a retirada de crucifixos afixados nos Plenários e salas. Alegação de que a aposição de símbolos fere o art. 19, inciso I da CF/88.* – “Manter um crucifixo numa sala de audiências públicas de Tribunal de Justiça não torna o Estado – ou o Poder Judiciário – clerical, nem viola o preceito constitucional invocado (CF, art. 19, inciso I), porque a exposição de tal símbolo não ofende o interesse público primário (a sociedade), ao contrário, preserva-o, garantindo interesses individuais culturalmente solidificados e amparados na ordem constitucional, como é o caso deste costume, que representa as tradições de nossa sociedade. Por outro lado, não há, *data venia*, no ordenamento jurídico pátrio, qualquer proibição para o uso de qualquer símbolo religioso em qualquer ambiente de Órgão do Poder Judiciário, sendo da tradição brasileira a ostentação eventual, sem que, com isso, se observe repúdio da sociedade, que consagra um costume ou comportamento como aceitável” (CNJ – PP 1344, PP 1345, PP 1346 e PP 1362 – Rel. Cons. Oscar Argollo – 14ª Sessão Extraordinária – j. 06.06.2007 – DJU 21.06.2007 – Parte do voto do relator).”

⁶³⁰ Cf. Karla Losse Mendes. *Gilmar Mendes critica discussão sobre símbolos religiosos em tribunais*. Folha ON-Line, em 11/08/2009, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u608194.shtml>, acesso em 01/09/2009.

⁶³¹ “Caros amigos, ainda sobre a questão do crucifixo no Plenário do STF. Eu gostaria de lembrar que o painel do Plenário do STF é, em seu conjunto, uma única obra de arte. O painel de mármore é de Athos Bulcão e o crucifixo de Alfredo Ceschiatti. Cada placa de mármore possui um recorte correspondente a um quarto de um círculo. Os diversos recortes são rigorosamente iguais, exceto um, qual seja, aquele que abriga o crucifixo. O recorte em questão é consideravelmente maior. Ao que consta, desejou-se, com isso, expressar que a Justiça humana deve ser isonômica (daí as diversas placas com recortes de igual tamanho) e que a Justiça divina é maior do que a dos homens (daí a evidente desproporção do recorte que abriga o crucifixo relativamente aos demais). Assim, aqueles que defendem a remoção do crucifixo também deveriam pregar a retirada de todas as placas, uma vez que essas, em conjunto com o crucifixo, compõem um todo indissociável no seu singular significado artístico.” *Migalhas dos leitores – crucifixo no STF*. Informativo Migalhas Terça-feira, 20 de julho de 2004 - Migalhas nº 969, disponível em http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_amanhecidas.aspx?op=true&cod=5791, acesso em 01/09/2009

parece prevalecer a posição de que os crucifixos e demais símbolos religiosos utilizados pelo Estado são constitucionalmente legítimos, em nome da tradição, da cultura e da arte. Nesse ponto, embora a decisão do Conselho Nacional de Justiça tenha se referido somente a símbolos religiosos em Tribunais, a tendência que se observa é de que o Poder Judiciário será complacente com os demais símbolos religiosos nos demais espaços públicos.

Na doutrina especializada, porém, a solução é bastante distinta.

Acerca dos crucifixos em salas de aula, Jayme Weingartner Neto afirma que: “a cruz é o símbolo de uma dada crença religiosa, e não só a expressão da cultura ocidental, de influência cristã. (...) De fato, a cruz é símbolo específico da cristandade, de conteúdo teológico determinado (a libertação do homem do pecado original, a vitória de Cristo sobre o demônio e a morte) e objeto de adoração dos crentes.”⁶³²,

No mesmo sentido, Daniel Sarmiento, em artigo, manifesta-se contrário à manutenção de crucifixos em tribunais. No seu entendimento, “o crucifixo não é mero adorno utilizado para embelezar o ambiente. Pelo contrário, ele é portador de um forte sentido religioso, associado ao cristianismo e à sua figura sagrada – Jesus Cristo.”⁶³³,

Em primeiro lugar, lembramos que o crucifixo tradicional (com uma imagem representativa de Jesus agonizando) não é símbolo da cristandade como um todo. É mais um símbolo católico do que propriamente cristão, pois a maior parte dos seguidores de doutrinas reformadas prefere a cruz sem a imagem de Jesus.

Em segundo lugar, além de símbolo católico ou cristão, lembramos que a cruz representou e ainda pode representar o movimento das cruzadas, da inquisição, caça às bruxas e muitos atos de intolerância religiosa, cometidos através dos séculos. Assim, ao contrário do que pretendem os defensores dos crucifixos em espaços públicos, tais não são símbolos de uma cultura, mas do cristianismo ou catolicismo como religião.

A questão, assim, não é propriamente cultural, mas religiosa. O crucifixo não representa uma cultura, mas uma religião. Uma bandeira e um brasão representam um país. A cruz representa uma religião (cristã ou católica); da mesma forma

⁶³² *Liberdade religiosa na constituição*. p. 276

⁶³³ *O crucifixo nos tribunais e a laicidade do estado*. p. 196

que determinadas lua e estrela de seis pontas representam outras religiões (islâmica e judaica). Ainda que um erudito possa entender a cruz do cristianismo como um símbolo da formação humanista ocidental, para os mais humildes ou mais jovens a cruz tem somente um sentido religioso. Também não se trata de questão puramente estética. Afinal, se não fosse representação de Jesus Cristo, a figura deformada de um homem agonizante, condenado à morte, certamente não estaria nas salas dos responsáveis pela aplicação da justiça e do direito no Brasil.

Não se pode negar que a Europa seja continente de forte influência cultural cristã e responsável histórico pela expansão e hegemonia do cristianismo como religião (seja católico, reformado ou ortodoxo) ou como doutrina humanista. Porém, mesmo no continente de maior herança cultural humanista cristã, com as maiores catedrais e muitos símbolos religiosos importantes, a Corte Européia dos Direitos Humanos, no caso *Lautsi v. Itália*, entendeu que a fixação de crucifixos nas salas de aula fere a liberdade religiosa dos alunos. Nos termos do acórdão, “A Corte foi incapaz de compreender como a exibição, em classes de escolas públicas, de um símbolo que poderia ser razoavelmente associado com o Catolicismo (religião majoritária na Itália) poderia servir o pluralismo educacional que é essencial para a preservação de uma ‘sociedade democrática’, como foi feito pela Convenção [Européia], um pluralismo que foi reconhecido pela Corte Constitucional Italiana.”⁶³⁴,

Não procedem os argumentos do tipo “ad terrorem”. Não entendemos que todos os símbolos religiosos em espaços públicos devem ser destruídos. Não pretendemos a implosão do Cristo Redentor, nem a inexistência de repasse de recursos para a conservação das igrejas centenárias de Minas Gerais.

Nesses casos, há evidente motivação não religiosa na conservação desses monumentos. Monumentos importantes, especialmente se forem históricos, representativos do Brasil e que atraem milhares de turistas, devem ser conservados pelo Poder Público.

⁶³⁴ CEDH, *Lautsi v. Italy* (application no. 30814/06). Crucifix in classrooms: contrary to parents’ right to educate their children in line with their convictions and to children’s right to freedom of religion. Violation of article 2 of protocol no. 1 (right to education) examined jointly with article 9 (freedom of thought, conscience and religion) of the european convention on human rights. O sumário está disponível em < <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentid=857732&portal=hbkm&source=externalbydocnumber&table=f69a27fd8fb86142bf01c1166dea398649>>, acesso em 16/11/2009.

Não ocorre isso com a manutenção dos crucifixos nos tribunais ou mesmo de quaisquer símbolos religiosos nos espaços públicos em geral. O mero apego à tradição (veladamente religiosa e não cultural ou estética) não é suficiente, nem razoável, considerando o princípio da neutralidade estatal.

Certamente, há aqueles que visitam o Rio de Janeiro para ver o Cristo Redentor. Porém, ninguém visita uma sala de audiência de comarca de uma cidade do interior para ver um crucifixo, assim como um símbolo religioso não estimula a aprendizagem da matemática.

4.9. A construção de novos monumentos religiosos

Há razão jurídica para se defender a possibilidade de manutenção de monumentos religiosos e mesmo a sua manutenção financiada pelo Estado, em razão da existência de outros princípios constitucionais, como aqueles que impõem a proteção ao patrimônio artístico e cultural.

Porém, novos monumentos de personagens religiosos ou que impliquem alusão a tal ou qual religião não devem mais ser construídos, com o custeio do Estado. Um novo monumento, que ainda não é patrimônio cultural ou artístico, não se encontra tutelado por nenhum princípio contraposto à neutralidade estatal. Assim, este último princípio deve prevalecer.

Por esse motivo, entendemos que o Estado deve se omitir em custear novos monumentos religiosos.

4.10. O uso de símbolos religiosos por particulares em espaços públicos privativos do Estado

Na Europa, têm-se acirrado os ânimos em torno da questão da legitimidade do uso, por professores e alunos, de símbolos religiosos. Em regra geral, o caso concreto analisado é a utilização do véu muçulmano, em escolas públicas.

Porém, a discussão pode ser entendida também como aplicável a quaisquer pessoas, agentes do Estado ou não, que utilizem ou portem quaisquer símbolos religiosos (crucifixos, correntes, véus, *kippá*, etc.), em espaços públicos.

Haverá símbolos religiosos que seu uso pode significar o cumprimento de um mandamento religioso (como as vestimentas muçulmanas). Podem ser

considerados, ainda, da essência de determinada religião.

Tais símbolos religiosos possuem a finalidade de identificar adeptos. Por esse motivo, afirma Espinosa, de maneira irônica: “De fato, há muito que as coisas chegaram a um ponto tal que é quase impossível saber se alguém é cristão, turco, judeu ou pagão, a não ser pelo seu vestuário, pelo culto que pratica, por freqüentar esta ou aquela igreja, ou finalmente, porque perfilha esta ou aquela opinião e costuma jurar pelas palavras deste ou daquele mestre. Quanto ao resto, todos levam a mesma vida.”⁶³⁵

A partir de 2004, na França, muito se discutiu a respeito da laicidade do Estado. A Lei no. 2004-228, de 15/03/2004, que alterou o Código francês de Educação, proibiu o uso de símbolos religiosos por alunos em escolas francesas⁶³⁶. Na prática, a medida foi imposta com o objetivo (mais ou menos explícito) de proibir que meninas muçulmanas utilizassem seus tradicionais véus (*hijab*); porém, também atingiu outros credos e seus símbolos como o crucifixo cristão e o *kipá* judeu. Alegou-se, na oportunidade, a favor do acerto da medida, que a laicidade do Estado francês tornou-se defensiva, para impedir que as instituições francesas fossem influenciadas pelo aumento considerável da população muçulmana, decorrente da imigração⁶³⁷.

A respeito do assunto, a Corte Européia dos Direitos Humanos entendeu cabível a expulsão de alunas de 11 e 12 anos, muçulmanas, por se recusarem remover seus véus durante as aulas de educação física e esportes. Os casos foram anteriores à Lei nº 2004-228. A Corte Européia entendeu que as vestimentas muçulmanas seriam inadequadas à prática esportiva; o que justificaria a expulsão das meninas⁶³⁸.

⁶³⁵ Baruch de Espinosa. *Tratado teológico-político* (tradução de Diogo Pires Aurélio). São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003, p. 9. Evidentemente, trata-se de uma crítica de Espinosa aos que seriam religiosos somente na aparência. Tirei-a do contexto apenas para afirmar que é da essência das religiões a utilização de adornos.

⁶³⁶ “Art. L. 141-5-1. Dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestant ostensiblement une appartenance religieuse est interdit. Les règlements intérieurs rappellent que la mise en oeuvre d’une procédure disciplinaire est précédée d’un dialogue avec l’élève”.

⁶³⁷ Cf. Pascal Jan. *La laïcité à l’école: l droit national contre ‘le droit local’*. *La loi plutôt que la négociation. Question de valeurs*. Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 2004, Mars-Avril 2004, no. 2, p. 304

⁶³⁸ CEDH. Dogru - France (No 27058/05); Kervanci - France (No 31645/04) Judgments 4.12.2008 [Section V]; Information Note of the court’s case law. Nº 114, December 2008

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional tomou decisão diversa da Corte Européia, em caso semelhante⁶³⁹. De acordo com o relatório, uma professora de origem afegã, que lecionava em Baden-Württemberg, havia sido impedida de utilizar os véus muçulmanos, por ocasião de seu ministério, em escolas públicas. Entendeu o Tribunal Constitucional da Alemanha que não haveria motivos jurídicos para impedir o uso do *hijab* pela professora. Entendeu, ainda, que interpretação diversa implicaria em ofensa ao princípio que impõe a isonomia do acesso aos cargos públicos. De acordo com o Tribunal Constitucional “a neutralidade ideológica e religiosa do Estado não é entendida como um distanciamento de atitude na estrita separação Igreja-Estado, mas como uma atitude aberta e compreensiva, encorajando a liberdade religiosa igualmente a todas as religiões.” O Tribunal entendeu que “a escola é o lugar onde diferentes pontos de vista religiosos inevitavelmente colidem e onde essa justaposição tem particularmente grandes efeitos. A coexistência tolerante com pessoas de outras religiões poderá ser lá praticada com efeitos mais duradouros pela educação.”

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte julgou ser possível a restrição de símbolos religiosos em ambientes militares, em nome do princípio da hierarquia. No caso *Goldman v. Weinberger*, um oficial, também ordenado rabino, foi ameaçado de receber punição disciplinar por utilizar um símbolo religioso judeu sobre a sua cabeça. Entendeu que a Constituição não determina que os militares devam acomodar todas as práticas religiosas, como a utilização de *yarmulke*. No caso, a regulamentação da vestimenta é importante ao militar, em razão da necessária uniformidade⁶⁴⁰.

No precedente da Corte Européia e dos Estados Unidos, os julgadores entenderam haver uma razoabilidade da restrição do uso de símbolos religiosos. No primeiro caso, as vestimentas muçulmanas seriam inadequadas à prática esportiva. No caso americano, os militares necessitam de uma uniformidade em suas vestimentas incompatível com o porte de alguns símbolos religiosos. No precedente alemão da professora que usava *hijab*, não haveria outro interesse em jogo, a não ser a neutralidade estatal.

⁶³⁹ Tribunal Constitucional da Alemanha. BVerfG, 2 BvR 1436/02 of 09/24/2003, paragraphs No. (1 - 138), <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20030924_2bvr143602en.html>, acesso em 16/11/2009

⁶⁴⁰ Suprema Corte dos Estados Unidos. *Goldman v. Weinberger*, 475 U.S. 503 (1986); 475 U.S. 503; *Goldman v. Weinberger*, Secretary Of Defense, et al. Certiorari To The United States Court Of Appeals For The District of Columbia Circuit; No. 84-1097; Argued January 14, 1986; Decided March 25, 1986

Em nossa opinião, há a possibilidade de restrição a utilização de símbolos religiosos por particulares em espaços públicos privativos do Estado. Não basta, porém, a mera alusão ao princípio da neutralidade. Isso porque, no Brasil, o princípio da neutralidade deve ser entendido como favorável à manifestação das religiões em geral. No entanto, no caso da existência de interesses legítimos também tutelados pelo ordenamento, poderá haver a restrição, ressalvada a aplicação do princípio da proporcionalidade.

4.11. A “colaboração de interesse público”

Em termos expressos, a Constituição Federal, em seu artigo 19, I, determina que é vedado ao poder público estabelecer cultos religiosos ou igrejas ou subvencioná-los, “ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.”

No Brasil, não há lei que trate genérica e especificamente do assunto.

No Acordo que trata do Estatuto da Igreja Católica, o Brasil reconhece que o patrimônio histórico, artístico e cultural da Igreja Católica, assim como seus arquivos e bibliotecas constituem parte relevante do patrimônio cultural brasileiro.

Assim, o Brasil obriga-se a colaborar com a manutenção desse tipo de patrimônio. Por outro lado, a Igreja Católica compromete-se a facilitar o acesso a todos que queiram conhecer e estudar o seu patrimônio cultural, artístico e histórico⁶⁴¹.

A Constituição Federal não limita a colaboração de interesse público à proteção do patrimônio histórico, artístico e cultural das organizações religiosas. Assim, a princípio, seria possível haver a colaboração em atividades de educação e assistência social, realizadas por organizações religiosas.

641 Artigo 6º. “As Altas Partes reconhecem que o patrimônio histórico, artístico e cultural da Igreja Católica, assim como os documentos custodiados nos seus arquivos e bibliotecas, constituem parte relevante do patrimônio cultural brasileiro, e continuarão a cooperar para salvaguardar, valorizar e promover a fruição dos bens, móveis e imóveis, de propriedade da Igreja Católica ou de outras pessoas jurídicas eclesásticas, que sejam considerados pelo Brasil como parte de seu patrimônio cultural e artístico.

§ 1º. A República Federativa do Brasil, em atenção ao princípio da cooperação, reconhece que a finalidade própria dos bens eclesásticos mencionados no caput deste artigo deve ser salvaguardada pelo ordenamento jurídico brasileiro, sem prejuízo de outras finalidades que possam surgir da sua natureza cultural.”

§ 2º. A Igreja Católica, ciente do valor do seu patrimônio cultural, compromete-se a facilitar o acesso a ele para todos os que o queiram conhecer e estudar, salvaguardadas as suas finalidades religiosas e as exigências de sua proteção e da tutela dos arquivos.”

Nesse caso, seria importante uma regulamentação específica a ser editada pelo legislador. É certo que haverá muita dificuldade de fiscalização, pois o recurso do Estado poderá, na prática, ser utilizado pelas organizações religiosas para angariar novos adeptos e realização de atos de proselitismo. Ademais, as atividades subvencionadas pelo Estado devem ser de fruição geral. Em outras palavras, não são apenas os membros da organização religiosa que podem ser beneficiados pelas políticas de assistência social e educação.

A regra permanece a da neutralidade estatal e da inexistência da subvenção. A colaboração de interesse público somente será possível se houver relevante interesse público não religioso a ser tutelado. Por exemplo, não são admissíveis subvenções a apresentações teatrais que retratem a “morte e ressurreição de Jesus”, realizados normalmente na semana da Páscoa. Embora possa se alegar a necessidade de proporcionar o acesso a cultura, o tema é evidentemente religioso e não pode, por si, ser subvencionado pelo Estado.

4.12. Os feriados religiosos

Ao contrário de muitas das suas antecessoras, a Constituição Federal de 1988 não previu em seu texto o respeito a feriados religiosos, como um direito social do trabalhador.

Daniel Sarmento sustenta a possibilidade de instituição de alguns feriados religiosos. Na sua opinião, o princípio da laicidade seria somente garantido *prima facie*. Diz o autor: “a proteção da liberdade religiosa da maioria pode justificar que se lhe conceda a possibilidade de celebração da data, que poderia ficar comprometida caso houvesse a obrigação de trabalhar naquele dia.”⁶⁴²,

Em entendimento diverso, Elival da Silva Ramos afirma que “a Constituição e a legislação em geral não deveriam agasalhar a figura dos ‘feriados religiosos’. Os feriados devem ser sempre civis, o que não significa que determinadas datas de significado religioso, desde que sob motivação laica. É o que ocorre com o Natal, onde há interesse público na interrupção das atividades em geral, para propiciar a grande confraternização familiar e social em que se transformou.”⁶⁴³,

⁶⁴² *O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado*. p. 200

⁶⁴³ *Notas sobre a liberdade de religião no Brasil e nos Estados Unidos*. p. 242

Em nossa opinião, entendemos que poderão ser instituídos feriados, sem ofensa a neutralidade do Estado, somente no caso de a data escolhida não for de interesse exclusivamente religioso.

O natal, a páscoa, o carnaval, o dia de Reis e o dia de São João são feriados de alguma conotação religiosa cristã. Porém, entendemos que a proteção a esses feriados é legítima, por motivos que extrapolam a esfera da religião.

No caso do natal, mesmo antes do nascimento de Jesus, era a data comemorada por pagãos, em razão do solstício de inverno no hemisfério norte (“o nascimento do deus sol invencível”), as festas em honra aos deuses Saturno e Mitra. Atualmente, a figura mais importante do natal é o *Papai Noel*; a tradição mais importante é a troca de presentes. O natal, então, extrapola evidentemente sua ligação com o nascimento de Jesus.

A páscoa, além de data não exclusiva dos cristãos, também tem como figura principal o “coelhinho da páscoa”; a tradição principal é a troca de ovos de chocolate.

Do mesmo modo, o carnaval, o dia de Reis e o dia de São João. Todos tem significado atual de festas populares. No dia de Reis e no dia de São João, há muito mais de festa popular do que honra aos homenageados.

Muito diverso é o feriado de 12 de outubro, que comemora o “Dia da Padroeira do Brasil⁶⁴⁴”. Nesse, o significado é evidente e exclusivamente religioso, de honra a Nossa Senhora Aparecida. No caso, há evidente apropriação, pela legislação, de festividade própria e exclusiva da religião católica. Por motivos óbvios, um Estado religiosamente neutro não poderia ter uma *padroeira* reconhecida pela legislação federal.

Também a *sexta-feira da Paixão*⁶⁴⁵ é feriado de conotação exclusivamente religiosa.

⁶⁴⁴ Lei nº 6.802, de 30/06/1980: “Art. 1º É declarado feriado nacional o dia 12 de outubro, para culto público e oficial a Nossa Senhora Aparecida, Padroeira do Brasil.”

⁶⁴⁵ Lei nº 9.093, de 2/09/1995: “Art. 2º São feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluída a Sexta-Feira da Paixão.”

4.13. A utilização de documentos “espirituais”

Acirra-se o debate sobre a utilização de cartas psicografadas, no Poder Judiciário, como meio de prova. Na atualidade, a questão encontra-se centrada no âmbito processual penal. Os argumentos, porém, são constitucionais e ligados à liberdade religiosa e estendem-se aos demais âmbitos do direito processual e material, pois se referem à validade da utilização de documentos.

Tiago Cintra Essado entende que a carta psicografada pode ser utilizada como prova em processo penal. Em síntese, argumenta que (i) o artigo 232 do Código de Processo Penal considera documentos “quaisquer escritos”, instrumentos públicos ou “particulares”; (ii) vigora o sistema do “livre convencimento” do juiz, não havendo hierarquia de provas⁶⁴⁶; (iii) repudiar a prova obtida por psicografia seria ilegal, pois preconceituosa; e (iv) tanto a inserção como a vedação da prova psicografada no processo penal brasileiro significaria adotar uma postura religiosa.⁶⁴⁷,”

Ismar Estulano Garcia também admite a carta psicografada como meio de prova. Especialmente no Tribunal do Júri, onde os jurados podem julgar por “íntima convicção” e não precisam motivar suas decisões, o documento psicografado poderá ter ainda mais força. Porém, mesmo nos casos de competência do juiz singular, o magistrado poderia obter seu “livre convencimento motivado”, por meio de documento psicografado⁶⁴⁸.

Renato Marcão assenta que “não há no ordenamento jurídico vigente qualquer regra que proíba a apresentação de documento produzido por psicografia, para que seja valorado como prova (...). Não se trata de prova ilícita (...).⁶⁴⁹,”

Gilberto Bercovich, por outro lado, não aceita a utilização de carta psicografada como meio de prova. Argumenta que a utilização de documentos psicografados como prova seria vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro, por afronta ao artigo 93, IX, da Constituição que determina que todas as decisões do Poder Judiciário devem ser motivadas e que não haveria regra jurídica que permitisse a utilização de cartas

⁶⁴⁶ Redação antiga do artigo 157 do CPP: “O juiz formará sua convicção por quaisquer meios de prova”.

⁶⁴⁷ Tiago Cintra Essado. *Carta psicografada pode ser admitida como prova?* Jornal do advogado. OAB/SP Ano XXXIII, nº 329, junho de 2008, p. 10

⁶⁴⁸ *Psicografia e prova penal*. Revista Jurídica Consulex, ano X, V. 10, nº 229, jul/2006, p. 26

⁶⁴⁹ *Psicografia e prova penal*. Revista Jurídica Consulex, ano X, V. 10, nº 229, julho de 2006, p. 27

psicografadas. Eventual alteração da legislação processual que permitisse a utilização de documentos psicografados seria “privilegiar uma crença ou religião em detrimento de outras.”⁶⁵⁰»

Diante do debate, teceremos nossa opinião a respeito.

Não há nenhuma norma expressa que proíba ou permita a utilização de documentos psicografados pelo Poder Judiciário. Diante disso, a princípio, o documento psicografado seria legítimo, pois não ilegal.

Porém, não se trata de questão legal. O problema é de índole eminentemente *constitucional*. Em nossa opinião, o documento psicografado será prova *inconstitucional*. Nesse ponto, observe-se que a nova redação do artigo 157 do Código de Processo Penal afirma expressamente que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação as normas constitucionais e legais.”

De toda sorte, a prova obtida por meios espirituais não deve ser considerada como prova, em processos judiciais ou administrativos.

O princípio da neutralidade exige que o Estado se distancie de debates de questões religiosas. É evidente que não há consenso entre as inúmeras religiões existentes a respeito da veracidade de documentos psicografados⁶⁵¹.

Também não há certeza científica a respeito da existência de “fenômenos espirituais”, tais como “cartas psicografadas”, “aparições”, “revelações”, etc, ou mesmo questões mais sedimentadas nas religiões como a “imortalidade da alma” ou da própria existência de Deus. Se é certo que essas questões assolam a humanidade por toda a sua existência, também é certo que, neste início do século XXI, estamos longe de obter resposta científica e isenta a essas indagações.

Guilherme Nucci ensina sobre a total inviabilidade prática da utilização de documentos psicografados: “(...) introduzida a comunicação enviada pelo morto, por intermédio do médium, a parte contrária teria o direito de levantar uma questão prejudicial heterogênea: para que a prova seja admitida convém evidenciar, antes, a

⁶⁵⁰ Gilberto Bercovich. *Carta psicografada pode ser admitida como prova?* Jornal do advogado. OAB/SP, Ano XXXIII, nº 329, junho de 2008, p. 11

⁶⁵¹ Aceitas por doutrinas “espíritas” ou “espiritualistas” é fortemente rechaçada por “cristãos evangélicos”.

existência de vida após a morte. Superada essa questão, pode-se aceitar e questionar a palavra da ‘vítima’. Se insuperável a questão prejudicial, como evidente que é, torna-se apócrifa a carta oferecida. Afinal, não é anônima, pois está assinada. Mas não se pode comprovar a identidade de quem assinou.⁶⁵²”

Diante desse fato, qualquer valoração do Estado a respeito do acerto ou desacerto de um documento psicografado seria afrontoso ao princípio da neutralidade.

Os que defendem a posição da possibilidade da utilização de provas psicografadas, baseiam sua afirmação no conhecido argumento de “o que não está proibido, está permitido”. A questão não é tão simples assim, pois a própria análise de provas obtidas por meios espirituais pelo Estado (juízes, promotores, procuradores, auditores, etc.) será afrontoso ao princípio da neutralidade, de índole constitucional.

E, por se tratar de prova constitucionalmente ilícita, também não poderá ser levada em consideração em um Tribunal do Júri, ainda que neste haja prevalência do princípio da “íntima convicção”. Nesse ponto, caberá ao juiz presidente, membro permanente do Poder Judiciário, velar pela inutilização deste meio de prova, com desentranhamento dos autos, consoante exige o artigo 157 do Código de Processo Penal.

4.14. A assistência religiosa em locais de internação coletiva

No século IV, Honório e Teodósio admitiram a entrada irrestrita de padres que queriam visitar prisioneiros. Os padres poderiam atuar, inclusive, como defensores jurídicos dos prisioneiros. “Concedemos ao padre também o direito de adentrar o terreno das prisões em missões de compaixão, para curar os enfermos, alimentar os pobres, quando tiver investigado aprofundadamente e tomado conhecimento do caso de cada pessoa, segundo a lei, ele deve intervir diante de um juiz competente.⁶⁵³”

A Constituição Federal de 1988 garante, na forma da lei, a assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva⁶⁵⁴. Nos termos expressos da Constituição, a legislação comum poderá regulamentar (e, portanto, restringir) esse

⁶⁵² *Da ilegitimidade da psicografia como meio de prova no processo penal à luz da reforma processual penal de 2008*. Carta Forense. Edição n. 72. Maio de 2009. p. A-28

⁶⁵³ Cf. *Constituições Sirmodianas*, 13 (419). A tradução foi obtida em J.N. Hillgath. *Cristianismo e paganismo*. P. 65

⁶⁵⁴ “art. 5º. (...) VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva”

direito.

No mesmo diapasão, a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210, de 11/07/1984) assegura a assistência religiosa, como um direito do preso⁶⁵⁵ e como um dever do Estado⁶⁵⁶. Determina, ainda, que os presídios possuam locais destinados ao culto; assegura o porte de livros religiosos⁶⁵⁷.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13/07/1990) possui dispositivos muito semelhantes. Há previsão de assistência religiosa como um dever das entidades que desenvolvem programa de internação⁶⁵⁸ e também como um direito do adolescente privado de liberdade⁶⁵⁹.

Em relação à liberdade religiosa dos privados de liberdade de locomoção, nos Estados Unidos, há o interessante precedente *O'Lone v. Estate of Shabazz*⁶⁶⁰, da Suprema Corte, proferido em um apertado placar de 5 a 4. No caso,

⁶⁵⁵ Art. 41 - Constituem direitos do preso:

(...)

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

⁶⁵⁶ “art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

Art. 11. A assistência será:

(...)

VI - religiosa.”

⁶⁵⁷ “Da Assistência Religiosa

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.”

⁶⁵⁸ “Art. 94. As entidades que desenvolvem programas de internação têm as seguintes obrigações, entre outras:

(...)

XII - propiciar assistência religiosa àqueles que desejarem, de acordo com suas crenças;”

⁶⁵⁹ Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes:

(...)

XIV - receber assistência religiosa, segundo a sua crença, e desde que assim o deseje;”

⁶⁶⁰ Suprema Corte dos Estados Unidos. *O'Lone v. Estate of Shabazz*, 482 U.S. 342 (1987); 482 U.S.

prisioneiros muçulmanos pleiteavam poder realizar o “Jumu’ah”, um ritual muçulmano realizado nas tardes de sexta-feira, dentro da prisão. O regulamento, no entanto, determinava que os indicados para o trabalho externo não poderiam voltar ao presídio durante o dia. Nas palavras do *Chief Justice* Rehnquist, não havia dúvidas na sinceridade dos prisioneiros. Porém, a questão da segurança interna do presídio deveria preponderar no caso. No entender da Suprema Corte não era viável possibilitar que os presos muçulmanos trabalhassem somente dentro do presídio. Assim, a Suprema Corte entendeu que não poderia substituir, no caso, o julgamento do administrador da prisão.

Em 2005, a Suprema Corte dos Estados Unidos determinou que os presídios que recebem recursos federais não podem deixar de tentar acomodar os fenômenos religiosos dentro das prisões, mesmo em relação a confissões religiosas não majoritárias⁶⁶¹. No caso, demandaram dois neo-pagãos (asatru), um integrante de uma igreja cristã racista, um wicca e um satanista. A decisão está baseada na *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act (RLUIPA)*, que determina que todos os que recebem recursos federais estão impedidos de impor ou implementar “regulação sobre o uso da terra” (*land use regulation*) que imponha um ônus para o exercício da liberdade religiosa, salvo se comprovar que a imposição geral é necessária na defesa do interesse público e é o meio menos restritivo para buscar esse interesse.

No âmbito federal brasileiro, a Lei nº 9.982, de 14/07/2000, visa regulamentar o direito à prestação de assistência religiosa nas entidades hospitalares públicas e privadas, bem como nos estabelecimentos prisionais civis e militares.

A Lei nº 9.982/2000 é expressa ao assegurar que a assistência religiosa deve ser prestada, “de comum acordo” com os internados ou com os familiares dos doentes que não estejam no gozo de suas faculdades mentais⁶⁶². Ademais, estabelece a

342; O’Lone, Administrator, Leesburg Prison Complex, Et Al. v. Estate Of Shabazz Et Al. Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Third Circuit; No. 85-1722.; Argued March 24, 1987; Decided June 9, 1987

⁶⁶¹ Suprema Corte dos Estados Unidos. Cutter *et al.* v. Wilkinson, Director, Ohio Department Of Rehabilitation And Correction, *et al.* Certiorari To The United States Court Of Appeals For The Sixth Circuit No. 03-9877. Argued March 21, 2005--Decided May 31, 2005

⁶⁶² “Art. 1o Aos religiosos de todas as confissões assegura-se o acesso aos hospitais da rede pública ou privada, bem como aos estabelecimentos prisionais civis ou militares, para dar atendimento religioso aos internados, desde que em comum acordo com estes, ou com seus familiares no caso de doentes que já não mais estejam no gozo de suas faculdades mentais.”

regra geral de que os ministros das confissões religiosas devem acatar as normas internas de cada instituição hospitalar ou penal, a fim de não por em risco as condições do paciente ou a segurança da instituição⁶⁶³.

Na prática, os hospitais vêm exigindo que os ministros religiosos portem algum tipo de identificação a determinada organização religiosa (por exemplo, “carteirinha de membro”). A exigência é razoável, em vista da necessidade de se impor algum controle sobre aqueles que pretendem ingressar no estabelecimento. No entanto, deve-se ter em mente que o fenômeno religioso ocorre, muitas vezes, fora de organizações religiosas. Assim, seria preferível que outro meio de controle fosse instituído, como um cadastro prévio.

Nos termos da Constituição, o Estado tem o dever geral de facultar e não prestar a assistência religiosa⁶⁶⁴. No âmbito militar, a faculdade acabou por se transformar, pela Lei nº 6.923, de 29/06/1981, em imposição de prestação de assistência militar, inclusive com a remuneração de capelães, no caso dos militares.

A Lei nº 6.923/1981 regulamenta o Serviço de Assistência Religiosa nas Forças Armadas – SARFA. Em relação à Igreja Católica, há o “Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé sobre a assistência religiosa às forças armadas.”⁶⁶⁵,

A assistência religiosa será prestada por capelães militares, selecionados entre padres, pastores ou outros ministros religiosos⁶⁶⁶. Os capelães militares recebem remuneração, como oficiais da ativa ou da reserva remunerada⁶⁶⁷. Nos termos do

⁶⁶³ “Art. 2º Os religiosos chamados a prestar assistência nas entidades definidas no art. 1º deverão, em suas atividades, acatar as determinações legais e normas internas de cada instituição hospitalar ou penal, a fim de não pôr em risco as condições do paciente ou a segurança do ambiente hospitalar ou prisional.”

⁶⁶⁴ Cf. Jayme Weingartner Neto. *Liberdade religiosa na Constituição*. p. 125

⁶⁶⁵ Acordo firmado em Brasília, em 23/10/1989. É citado como vigente no artigo 20 do “Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao estatuto jurídico da Igreja Católica no Brasil”.

⁶⁶⁶ Lei nº 6.923/1981: “art. 4º - O Serviço de Assistência Religiosa será constituído de Capelães Militares, selecionados entre sacerdotes, ministros religiosos ou pastores, pertencentes a qualquer religião que não atente contra a disciplina, a moral e as leis em vigor.”

⁶⁶⁷ Lei nº 6.923/1981: “art. 11 - Os Capelães Militares prestarão serviços nas Forças Armadas, como oficiais da ativa e da reserva remunerada.

Parágrafo único - A designação dos Capelães da reserva remunerada será regulamentada pelo Poder Executivo.”

Acordo entre o Brasil e a Santa Sé, em seu artigo XIII, “competirá ao Estado-Maior das Forças Armadas, respeitadas as suas limitações, prover os meios materiais, orçamentários e de pessoal necessário ao funcionamento da Cúria do Ordinário Militar.”

A Lei nº 6.923/81 estabelece requisitos para o ingresso na carreira de Capelão Militar⁶⁶⁸. Dentre esses requisitos, exige do candidato a ocupar o cargo a nacionalidade brasileira nata. Nos termos do Acordo firmado entre a Santa Sé e o Brasil, o cargo de Ordinário Militar, o qual deverá ser nomeado pela Santa Sé, e será cargo privativo de brasileiro nato⁶⁶⁹.

Nesse ponto, observe-se que a nacionalidade brasileira nata era exigida pela Constituição de 1937. As Constituições de 1946 e 1967/1969 exigiam somente a comprovação da nacionalidade brasileira (nata ou decorrente de naturalização). Por outro lado, a Constituição de 1988 nada exige a respeito.

Assim, em uma interpretação histórica, a conclusão seria pela total não recepção do requisito do artigo 18, I, da Lei nº 6.923/81.

Porém, não se pode deixar de observar que os capelães militares são servidores públicos em sentido lato e recebem remuneração para isso. Assim, a nacionalidade brasileira pode ser exigida, mesmo sob a égide da Constituição de 1988. Não se pode exigir, porém, a comprovação da nacionalidade brasileira nata; pois esta é

⁶⁶⁸ “Art . 18 Para o ingresso no Quadro de Capelães Militares será condição o prescrito no art. 4º desta Lei, bem como:

I - ser brasileiro nato;

II - ser voluntário;

III - ter entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade;

IV - ter uso de formação teológica regular de nível universitário, reconhecido pela autoridade eclesiástica de sua religião;

V - possuir, pelo menos, 3 (três) anos de atividades pastorais;

VI - ter consentimento expresso da autoridade eclesiástica da respectiva religião;

VII - ser julgado apto em inspeção de saúde; e

VIII - receber conceito favorável, atestado por 2 (dois) oficiais superiores da ativa das Forças Armadas.

Art . 19 - Os candidatos que satisfizerem as condições do artigo anterior serão submetidos a um estágio de instrução.”

⁶⁶⁹ ARTIGO III “1. O Ordinário Militar deverá ser brasileiro nato, terá a dignidade de Arcebispo e ficará vinculado administrativamente ao Estado Maior das Forças Armadas, sendo nomeado pela Santa Sé, após consulta ao Governo brasileiro. (...)”

exigida apenas em casos taxativamente indicados na Constituição Federal, como no caso do cargo de Presidente da República.

A Lei nº 6.923/1981 estabelece que é requisito para o ingresso no cargo de capelão militar o consentimento expresso da autoridade eclesiástica da respectiva religião. Por outro lado, poderá ser transferido imediatamente para a reserva não remunerada, caso perca a “licença” para o exercício da atividade religiosa⁶⁷⁰. Em relação aos capelães católicos, o Acordo entre o Brasil e a Santa Sé prevê a concessão de provisão canônica, pelo Ordinário Militar⁶⁷¹.

Em questão análoga no direito comparado, o Tribunal Constitucional da Espanha entendeu que são constitucionais os dispositivos do Acordo entre o Estado Espanhol e a Santa Sé, de 3 de janeiro de 1979, que condiciona a contratação de professores de ensino religioso à indicação da Igreja Católica. Caso perca a licença religiosa, o professor poderá perder seu cargo⁶⁷².

⁶⁷⁰ “Art . 14 - O Capelão Militar que, por ato da autoridade eclesiástica competente, for privado, ainda que temporariamente, do uso da Ordem ou do exercício da atividade religiosa, será agregado ao respectivo Quadro, a contar da data em que o fato chegar ao conhecimento da autoridade militar competente, e ficará adido, para o exercício de outras atividades não-religiosas, à organização militar que lhe for designada.

Parágrafo único - Na hipótese da privação definitiva a que se refere este artigo, ou da privação temporária ultrapassar dois anos, consecutivos ou não, será o Capelão Militar demitido *ex officio* , ingressando na reserva não remunerada, no mesmo posto que possuía na ativa.”

⁶⁷¹ “ARTIGO VIII. A admissão e o acesso dos Capelães Militares no quadro da respectiva Força Singular far-se-á nos termos da legislação específica brasileira, sendo de competência do Ordinário Militar a concessão da provisão canônica.”

⁶⁷² Tribunal Constitucional da Espanha. Sentencia 80/2007, Publicación BOE: 20070523, Registro 4126-2003. Porém, mesmo nesse caso, o Estado poderá verificar eventual afronta aos direitos fundamentais do professor. Como exemplo, há precedente sobre a possibilidade de a Igreja Católica negar a renovação de contrato de professor, o qual havia sido padre, mas optou por largar o sacerdócio. A não renovação do contrato deu-se exclusivamente por motivos religiosos, pois o professor era favorável ao Movimento Pró-Celibato Opcional (MOCEOP). O Tribunal Constitucional da Espanha decidiu que a análise deve ser feita em duas partes. A primeira diz respeito se o ato da Igreja Católica deu-se por motivos exclusivamente religiosos. Nesse caso, o Tribunal entendeu que deverá abster-se de verificar a constitucionalidade dessa decisão, ao menos em princípio. Em um segundo momento, deverá haver uma ponderação, em sentido estrito dos direitos fundamentais. O Tribunal Constitucional deu razão ao professor, pois (i) no caso se tratava de um sacerdote havia sido autorizado a contrair matrimônio, tendo cinco filhos (não havia motivo para esconder o fato); (ii) não pode obstar a continuidade do serviço o fato de o professor defender doutrina heterodoxa (fato conhecido pela Igreja Católica anteriormente). Concluiu que a certificação de idoneidade outorgada pela Igreja católica possui, é certo, caráter religioso discricionário. No caso concreto, no entanto, conhecia previamente as condições pessoais do professor (“não pode a autoridade religiosa condicionar a

No Brasil, há a exigência dessa esdrúxula licença religiosa no caso da contratação dos capelães militares.

Ainda sobre a Lei nº 6.923/1981, observa-se que pretendeu conferir uma hierarquia à carreira de capelão militar, a semelhança da própria organização militar. Há capitão de mar-e-guerra capelão, coronel capelão, capitão-de-fragata capelão, tenente-coronel capelão, major capelão, primeiro e segundo tenentes capelão, etc.

Em nosso entendimento, a Lei nº 6.923/1981 é resquício de um momento em que, no Brasil, não havia separação nítida entre a Igreja e o Estado. Embora pretenda estabelecer certa proporcionalidade entre as religiões⁶⁷³, a Lei nº 6.923/1981 desconhece a realidade das religiões no país, com a enormidade de organizações religiosas existentes. Por esse motivo, de acordo com informações do próprio *site* oficial do Serviço de Assistência Religiosa do Exército (SAREX), *todos* os capelães de carreira são cristãos, sendo 32 padres católicos e 10 pastores protestantes de denominações “tradicionais”⁶⁷⁴.

A Lei nº 6.923/1981 não pode ser considerada inteiramente inconstitucional, pois a letra da Constituição assegurou a prestação de serviços religiosos e, portanto, reconheceu nisso um valor positivo. Porém, entendemos que a organização de capelães custeados pelo Estado, em organização de hierarquia militar, é contrária aos ditames constitucionais de separação Igreja-Estado. Ao exigir uma “licença” de uma autoridade eclesiástica superior para o exercício de atividade religiosa pelos capelães, a Lei nº 6.923/1981 desconsidera inclusive o direito de livre organização religiosa. Não há como se exigir, por meio da Lei, a obediência hierárquica religiosa. Isso é absolutamente contrário aos interesses de uma sociedade pluralista e também da liberdade religiosa dos capelães.

idoneidade docente de uma pessoa a que a sociedade não conheça fatos que ela mesma conheceu, consentiu, tolerou e sobe tudo, considerou compatíveis com o ensino da religião”). Tribunal Constitucional Espanhol. Sentencia 128/2007, Publicación BOE 20070706; Registro 1656-2001.

⁶⁷³ “Art . 10 - Cada Ministério Militar atentará para que, no posto inicial de Capelão Militar, seja mantida a devida proporcionalidade entre os Capelães das diversas regiões e as religiões professadas na respectiva Força.”. No mesmo sentido, o artigo XI do Acordo firmado entre o Brasil e a Santa Sé.

⁶⁷⁴ Disponível em http://www.dgp.eb.mil.br/sarex/situacao_sarex.php, acesso em 14/10/2009. Nesse ponto, colocamos a Assembléia de Deus como uma organização “tradicional”, em razão da antiguidade de sua fixação em território nacional. No entanto, sabemos que os assembleianos se consideram “pentecostais”. A questão teológica não nos importa.

Assim, melhor seria a organização de uma assistência religiosa voluntária, independente da hierarquia militar secular. Ainda que, em nome da segurança e da ordem militar, fossem estabelecidos outros requisitos para o ingresso de religiosos em estabelecimentos militares.

4.15. O casamento religioso

Na época do Império, no Brasil, somente havia o reconhecimento do casamento religioso.

Segundo o relato de Joaquim Nabuco, os casamentos somente poderiam ser celebrados por autoridade eclesiástica católica. Casamentos efetuados perante outras religiões eram nulos. Da mesma forma, o adultério somente poderia ser provado perante tribunais religiosos⁶⁷⁵. Ainda de acordo com o relato de Joaquim Nabuco, o primeiro projeto de casamento civil, elaborado pelo governo, foi de Nabuco de Araújo em 1855⁶⁷⁶. Outro projeto sobre casamento civil foi apresentado por Nabuco de Araújo em 1866⁶⁷⁷.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, § 2º, assegura a validade jurídica do casamento religioso, desde que cumpridas formalidades legais⁶⁷⁸.

Andou bem a Constituição de 1988. Ademais, manteve coerência com o dispositivo constitucional que assegura o *status* de ente familiar à união estável⁶⁷⁹, a qual não precede de qualquer formalidade.

Na verdade, por razões históricas, o casamento religioso é bastante valorizado no Brasil. Não seria novidade afirmar que, na mais das vezes, o casamento religioso é realizado com mais *pompa* e perante mais testemunhas que o casamento civil. Normalmente, no Brasil, as festas de casamento são realizadas após a cerimônia religiosa

⁶⁷⁵ Cf. *Um estadista do império: Nabuco de Araújo. Sua vida, suas opiniões, sua época*. 9ª edição. Tomo I. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional Civilização Brasileira S.A.: 1936. p. 213

⁶⁷⁶ Cf. *Um estadista do império: Nabuco de Araújo. Sua vida, suas opiniões, sua época*. p. 216

⁶⁷⁷ Cf. *Um estadista do império: Nabuco de Araújo. Sua vida, suas opiniões, sua época*. p. 560

⁶⁷⁸ “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.”

⁶⁷⁹ “Art. 226. (...) § 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.”

e não a civil. Assim, ousamos afirmar que, para grande parte da população brasileira, mesmo não católica, o casamento religioso *vale mais* que o casamento civil. Até porque o casamento civil é dissolvido pelo divórcio, por expressa previsão constitucional⁶⁸⁰; o casamento religioso nem sempre.

No entanto, deve-se observar que a existência do reconhecimento de efeitos jurídicos ao casamento religioso não implica no reconhecimento de uma determinada verdade teológica. Há uma mitigação razoável ao princípio da separação Igreja-Estado⁶⁸¹. Essa mitigação é válida, pois plenamente justificada em razão da realidade social brasileira, além de ter sido instituída pelo Poder Constituinte Originário.

Ainda sob a égide da Constituição de 1967/69, Caio Mario da Silva Pereira ensinava que apenas o casamento celebrado por ministro de confissão religiosa reconhecida seria válido em termos civis. Para esse autor, “não se admite, todavia, o que se realiza em terreiro de macumba, centros de baixo espiritismo, seitas umbandistas, ou outras formas de credices populares que não tragam a configuração de seita religiosa reconhecida como tal.”⁶⁸²

É claro que, na Constituição de 1988, essa visão preconceituosa contrária às religiões afro-brasileiras não pode prevalecer. Porém, para evitar fraudes, não seria desarrazoado exigir-se que a organização religiosa seja regularmente constituída, nos termos das leis brasileiras. A segurança jurídica exige um nível mínimo de formalização; embora se reconheça que o fenômeno religioso não está sempre adstrito às formalidades.

Porém, observa-se que a Lei nº 6.015, de 31/12/1973, Lei de Registros Públicos, não exige a comprovação da regularidade da organização religiosa.

A Lei de Registros Públicos regulamenta satisfatoriamente os procedimentos para o reconhecimento civil do casamento religioso. Em regra, há necessidade de um prévio procedimento de habilitação perante o oficial de registro

⁶⁸⁰ “Art. 226. (...) § 6º - O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos.”

⁶⁸¹ Cf. Adam Kowalik. Efeitos civis do casamento religioso no Brasil. p. 16, disponível em <http://www.libertadreligiosa.net/articulos/Efeito_civil.pdf>, acesso em 12/10/2009

⁶⁸² *Instituições de direito civil. Direito de Família*. Volume V. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense. p. 41 e 42

civil⁶⁸³. Porém, o casamento religioso também poderá ser considerado válido se houver um tipo de habilitação posterior à celebração, também perante o oficial de registro civil⁶⁸⁴.

⁶⁸³ “Art. 71. Os nubentes habilitados para o casamento poderão pedir ao oficial que lhe forneça a respectiva certidão, para se casarem perante autoridade ou ministro religioso, nela mencionando o prazo legal de validade da habilitação. (Renumerado do art. 72 pela Lei nº 6.216, de 1975).”

⁶⁸⁴ “Art. 74. O casamento religioso, celebrado sem a prévia habilitação, perante o oficial de registro público, poderá ser registrado desde que apresentados pelos nubentes, com o requerimento de registro, a prova do ato religioso e os documentos exigidos pelo Código Civil, suprimindo eles eventual falta de requisitos nos termos da celebração. (Renumerado do art. 75, pela Lei nº 6.216, de 1975).

Parágrafo único. Processada a habilitação com a publicação dos editais e certificada a inexistência de impedimentos, o oficial fará o registro do casamento religioso, de acordo com a prova do ato e os dados constantes do processo, observado o disposto no artigo 70.”

X. CONCLUSÕES

A separação entre o poder político e o religioso é algo relativamente recente na História. A liberdade religiosa em seu sentido moderno é fruto da reforma protestante, com a conseqüente divisão do cristianismo europeu. O poder político não conseguiu controlar as diversas divisões e subdivisões cristãs. Para manter a paz, os Estados consagraram a tolerância entre as religiões e, posteriormente, a liberdade religiosa em seu sentido moderno.

Em um texto constitucional importante, a ampla liberdade religiosa foi, pela primeira vez, consagrada na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América de 1787. O texto consagrou duas vertentes da liberdade religiosa: o *não estabelecimento* de uma religião (princípio da neutralidade estatal) e o *livre exercício* dos cultos religiosos.

A Constituição Política do Império do Brasil de 1824 não consagrou a liberdade religiosa em termos amplos. Consagrava-se o catolicismo romano como a religião oficial. As demais religiões eram apenas toleradas; cultos públicos não eram permitidos; havia restrições aos direitos políticos dos não católicos.

Após a Proclamação da República, com o Decreto nº 119-A, de 07/01/1890, a liberdade religiosa foi reconhecida em termos amplos no Brasil. A partir da Constituição de 1891, todas as Constituições brasileiras incorporam, nos seus textos, dispositivos que previam e garantiam a liberdade religiosa.

Na análise da liberdade religiosa, adotamos a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. Assim, a liberdade religiosa deve ser entendida como um “mandamento de otimização” que deve ser realizado ao máximo, nas condições fáticas e juridicamente possíveis.

A liberdade religiosa, como direito fundamental garantido pela Constituição, acaba por influenciar todos os ramos do Direito, indicando caminhos a serem adotados pelo legislador e pelo intérprete. Em geral, não exclui a obediência ao legislador, porém impõe que toda legislação seja interpretada de modo a permitir a liberdade mais ampla possível.

Considerando o princípio da neutralidade estatal, em termos

constitucionais, a religião deve ser entendida em termos amplíssimos. Toda crença, culto e atividade ligada ao sobrenatural deve estar compreendida no âmbito de proteção da liberdade religiosa. Assim, são exemplos de religião: judaísmo, cristianismo, islamismo, Seicho-no-ie, budismo, crenças ligadas à reencarnação e à comunicação com os mortos, paganismo, cientologia, etc.

Por outro lado, religião não se confunde com ideologia, filosofia, sociologia ou outras ciências humanas.

O Estado neutro não pode se posicionar a respeito do acerto ou desacerto de uma determinada crença religiosa. Não pode entrar em controvérsias teológicas. No entanto, pode controlar a *sinceridade* de quem alega liberdade religiosa.

A liberdade religiosa é o direito fundamental que tutela a crença, o culto e as demais atividades religiosas, dos indivíduos e das organizações religiosas, e consagra neutralidade estatal.

A liberdade religiosa está relacionada com outros direitos fundamentais, entre eles o da liberdade de manifestação do pensamento, da dignidade da pessoa humana e do pluralismo.

As restrições a liberdade religiosa são possíveis. Os dispositivos do artigo 5º, VI e VIII, da Constituição devem ser interpretados conjuntamente. Assim, a liberdade religiosa, como regra geral, não permite a desobediência a regras estatuídas pelo legislador.

Na análise da liberdade religiosa, devem ser considerados diversos dispositivos constitucionais (artigos 5º, VI, VII e VIII; 19, I; 143, § 1º, 150, IV, “b”; 210, § 1º, 226, § 2º), além dos tratados e documentos internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

A liberdade religiosa pode ser encarada sob três aspectos: individual (indivíduos), coletivo (organizações religiosas) e institucional (Estado).

Em relação aos indivíduos, destacam-se o direito de isonomia, de crença e de privacidade religiosa.

A isonomia não impede o tratamento diferenciado por motivos religiosos. A própria Constituição assegura a objeção de consciência por motivos religiosos, como excludente de obrigação geral imposta a todos. O tratamento

diferenciado pode ser previsto em lei ou não. Nesse último caso, o tratamento diferenciado não é regra no Brasil, mas deve ser imposto se a restrição à liberdade religiosa for desproporcional.

O direito à crença abrange a possibilidade da escolha de uma religião ou nenhuma religião. Implica na possibilidade de mudar de religião. Também abrange o direito de se determinar de acordo com alguma concepção religiosa.

Em relação à privacidade, o indivíduo não pode ser obrigado a revelar suas preferências religiosas, a não ser (i) caso alegue tratamento diferenciado por motivos religiosos; ou (ii) para fins meramente estatísticos.

Nos aspectos relacionados às organizações religiosas, verificamos que o legislador brasileiro conferiu amplíssima liberdade de organização religiosa. A gestão democrática, imposta às associações em geral, não é exigida de uma organização religiosa. No entanto, embora não haja previsão legal nesse sentido, entendemos que uma organização religiosa caracteriza-se pela finalidade religiosa *não lucrativa*.

A liberdade de culto implica na tutela de cultos públicos, realizados interna ou externamente aos templos. Os cultos externos aos templos estão limitados às mesmas restrições impostas às manifestações públicas em geral.

A liberdade religiosa garante também o proselitismo religioso. É da essência das religiões (especialmente as expansionistas) que tentem angariar novos adeptos, bem como instruem os seus seguidores. O discurso religioso é passional e não está sujeito a comprovação científica. Além disso, muitas vezes, se utiliza de termos nada polidos. O Estado neutro deve se afastar do debate entre as religiões e respeitar o proselitismo, desde que estes não incentivem diretamente a violência. No caso de empresas em geral (em que há uma desigualdade de fato entre as partes envolvidas), o proselitismo não deve ser permitido.

As organizações religiosas são diferentes das pessoas jurídicas em geral. Em sua atividade fim, podem contratar funcionários por motivos religiosos. A Constituição assegura às organizações religiosas a imunidade tributária, referente aos impostos. As organizações religiosas podem ser custeadas por doações de seus membros; os motivos para as doações são, em regra, não aferíveis pelo Estado. Seus ministros são, em regra, autônomos (contribuintes individuais) e não empregados. Nesse último ponto, somos favoráveis a uma regulamentação que proteja os ministros religiosos, considerando

a desigualdade material em relação às organizações religiosas.

Há ainda os aspectos relacionados ao Estado. Nesse ponto, observamos que o princípio que rege sua relação com a religião é o da separação.

No Brasil, a separação não é absoluta. Na Constituição, a neutralidade implica no reconhecimento de um valor positivo à religião. O Estado deve abster-se de assuntos religiosos e de favorecer uma religião em detrimento da outra. Não deve fazer juízos de valor em relação à veracidade ou falsidade de uma religião. No entanto, os dispositivos da Constituição acabam por revelar que o Constituinte Originário entendeu que a religião tem um valor positivo na formação pessoal.

Assim, a defesa extremada do laicismo não pode prevalecer, na ótica do direito constitucional positivo. O discurso político não está imune aos argumentos de índole religiosa.

A colaboração de interesse público é exceção à regra da separação. É admissível para a concretização de outros mandamentos constitucionais, como a defesa de patrimônio histórico e cultural. A defesa de uma específica religião (símbolos religiosos em espaços públicos, feriados religiosos) não é suficiente para a caracterização da cultura como apta a permitir a colaboração de interesse público.

“De lege ferenda”, somos críticos à previsão constitucional do ensino religioso. Porém, da maneira como se encontra na Constituição, o ensino religioso é atribuição do Estado, respeitado o pluralismo religioso.

A respeito do fenômeno religioso, a Constituição de 1988 garante ainda a assistência religiosa e o reconhecimento de efeitos civis ao casamento religioso. Nesse ponto, somos favoráveis à previsão constitucional. No entanto, entendemos que a Lei nº 6.923, de 29/06/1981, que trata da assistência religiosa aos militares, é resquício de uma época em que o Estado se apropriava do fenômeno religioso. A hierarquia da capelania militar, o custeio estatal de ministros religiosos e a exigência de licenças de organizações religiosas são contrários ao princípio da neutralidade estatal.

XI. RESUMOS

A liberdade religiosa é o direito fundamental que tutela a crença, o culto e as demais atividades religiosas, dos indivíduos e das organizações religiosas, e consagra neutralidade estatal.

A religião deve ser entendida em termos amplíssimos. Abrange toda atividade ligada ao sobrenatural. A religião não se confunde com ideologia, filosofia, sociologia.

O Estado neutro não pode se posicionar a respeito do acerto ou desacerto de uma determinada crença religiosa. No entanto, pode controlar a *sinceridade*.

Há três aspectos: individual (indivíduos), coletivo (organizações religiosas) e institucional (Estado). Em relação aos indivíduos, destacam-se o direito de isonomia (tratamento diferenciado), de crença e de privacidade religiosa. Em relação às organizações religiosas, destacam-se seus aspectos societários, cíveis, trabalhistas e tributários; a liberdade de culto e de proselitismo. Em seu aspecto institucional, a neutralidade impõe que o Estado não tome partido em favor de nenhuma religião; reconhece um valor positivo geral à religião.

Temas analisados: direito penal; abuso de direito; transfusão de sangue; tratamento de saúde diferenciado; sacrifícios de animais; curas espirituais; proselitismo, pregação contrária ao homossexualismo e a crenças afro-brasileiras; rádios comunitárias; desconto e pagamento de dízimos e ofertas; direito urbanístico e de vizinhança; uso de símbolos religiosos por particulares e pelo Estado; ensino e casamento religiosos, entre outros.

Palavras chaves: liberdade religiosa; liberdade de crença e de culto; organizações religiosas; neutralidade estatal.

Religious freedom is a fundamental right that protects beliefs, worship and other religious activities from individuals and religious organizations and ensures state neutrality.

Religion ought to be widely comprehended. It comprehends all sorts of activities related to the supernatural. Religion should not be confused with ideology, philosophy and sociology.

A neutral state must not take a stand about the strengths or weaknesses of a certain religious belief. Nonetheless, it can control sincerity.

Religious freedom has three aspects: an individual one (regarding individuals), a collective one (regarding religious organizations) and an institutional one (regarding the state). In terms of individuals, the right to isonomy (equal treatment), religious belief and privacy is to be pointed out. In terms of religious organizations, social, civil, tributary and labor aspects are to be pointed out as well as freedom of worship and proselytism. As for the institutional aspect of religious freedom, the neutrality principle prevents the state from taking any stand concerning any religion and generally recognizes religion as something positive.

Topics discussed: penal law; abuse of rights; blood transfusion; privileged health treatment; animal sacrifice; spiritual healing; proselytism; preaching against homosexuality and African Brazilian beliefs; community radio stations; withholding tithes and offerings; urban and neighborhood law; use of religious symbols by individuals and the state; religious teaching and weddings, etc.

Keywords: religious freedom; belief and worship freedom; religious organizations; state neutrality.

La liberté religieuse est le droit fondamental qui défend la croyance , le culte et d'autres activités religieuses des individus et des organisations religieuses et qui impose une neutralité de l'Etat.

La religion doit être considérée en termes très larges. Elle comprend toute activité liée au surnaturel. La religion ne se confond pas avec l'idéologie, la philosophie, la sociologie.

L'Etat neutre ne peut pas se positionner à propos de la réussite ou de l'échec d'une certaine croyance religieuse . Pourtant, il peut contrôler la sincérité.

Il y a trois aspects à considérer: l'individuel (des individus), le collectif (des organisations religieuses) et l'institutionnel (l'Etat). Par rapport aux individus, on remarque le droit d'égalité (traitement différencié), de croyance et de privacité religieuse. En ce qui concerne les organisations religieuses, on remarque leurs aspects sociétaires, civils, tributaires et du travail; la liberté de culte et de prosélytisme. Dans son aspect institutionnel, la neutralité impose à l'Etat qu'il ne prenne pas parti en faveur d'aucune religion; il reconnaît une valeur positive générale à la religion.

Sujets analysés: droit pénal ; abus de droit ; transfusion de sang ; traitement de santé différencié ; sacrifices des animaux ; guérisons spirituelles ; prosélytisme, prédication contraire à l'homosexualisme et à des croyances afro-brésiliennes; radios communautaires ; retenue et paiements de dîmes et offrandes; droit urbanistique et de voisinage ; usage de symboles religieux par les particuliers et par l'Etat ; enseignement et mariage religieux, parmi d'autres sujets.

Mots-clé: liberté religieuse ; liberté de croyance et de culte ; organisations religieuses ; neutralité de l'Etat.

XII. BIBLIOGRAFIA PESQUISADA

1. Livros:

AFONSO DA SILVA, José. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª edição, revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 31, de 14.12.2000). São Paulo: Malheiros, 2001. 878p.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre os particulares*. Malheiros, 2005. 242p.

_____. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Malheiros, 2009. 279p.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2ª reimpressão. 2001. 607p.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Imunidades parlamentares*. Brasília: Câmara dos Deputados: coordenação de publicações. 1982. 182p.

BAKER, Thomas E.; WILLIAMS, Jerre S. *Constitutional analysis in a nutshell*. Thomson West: 2003. 514p.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos: paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 482p.

BASTOS, Celso. *Curso de direito constitucional*. 19ª edição atualizada. São Paulo: Saraiva. 1998

BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1998*. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 1988-1999

BENTO XVI (RATZINGER, Joseph); D'ARCAIS, Paolo Flores. *Deus existe?* Tradução Sandra Martha Dolinsky. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2009, 125 p.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo W. Sarlet e Paulo Mota Pinto. 2ª reimpressão da edição de julho de 2003. Almedina: 2009. 166p.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. Parte Geral (arts. 1º a 120). Vol. 1, 11ª edição, revista e atualizada de acordo com a Lei nº 11.343/2006 (nova lei de drogas). São Paulo: Saraiva, 2007. 601p.

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Revisão de José Carlos Barbosa Moreira. 2ª Edição. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. 142p.

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006. 1041p.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y language*. Cuarta Edición corregida y aumentada - reimpression. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994. 416p.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 13ª edição, revista e atualizada. São Paulo, Saraiva, 2000. 358p.

COLLIARD, Claude Albert. *Libertés publiques*. Septième Édition. Paris, Dalloz, 1989. 915p.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª edição revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003. p 577p.

COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. Tradução de Jean Melville, São Paulo: Martin Claret, 2004. 421p.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Volume. 1. Rio de Janeiro Forense Universitária, 1997

DELMANTO, Roberto; DELMANTO JR., Roberto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Leis penais especiais comentadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 731p.

DEMO, Pedro. *Metodologia científica em ciências sociais*. 3ª edição revista e ampliada, São Paulo, Saraiva, 1995

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro. Teoria geral do direito civil*. Volume 1, 24ª edição, 2007. 571p.

_____. *Curso de direito civil brasileiro. Responsabilidade civil*. Volume 7. 20ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2006. 685p.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos à sério*. Tradução Nelson Boeira. Martins Fontes. 2002. 568p.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 15 edição. São Paulo: Perspectiva, 1999

ESPINOSA. Baruch de. *Tratado teológico-político* (tradução de Diogo Pires Aurélio). São Paulo: Editora Martins Fontes, 2003

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo, Saraiva, 1998

_____. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 1990

_____. *Curso de direito constitucional*. 35ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, 398p.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; CUNHA FERRAZ, Anna Cândida. *Liberdades públicas: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1978. 537p.

FIORILLO, Celso a Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 7ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2006. 532p.

FLORIA, Juan G. Navarro. *El derecho a la objeción de conciencia*. Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004. 197p.

FUENMAYOR, Amadeo. *La libertad religiosa*. Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1974. 220p.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal. Parte geral (artigos 1º a 120 do Código Penal)*. Volume 1. 8ª edição revista, ampliada e atualizada até 1º de janeiro de 2007. Niterói: Impetus. 2007. 816p.

_____. *Curso de direito penal. Parte especial (artigos 250 a 361 do Código Penal)*. Vol. IV. 2ª edição revista, ampliada e atualizada até 1º de fevereiro de 2007, Niterói, Impetus. 2007. 722p.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição* (Tradução Gilmar Mendes). Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991

HILLGARTH, J.N.. *Cristianismo e paganismo (350-750). A conversão da Europa ocidental*. Tradução de Fábio Assunção Lombardi Rezende. Madras. 2007.

232p.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou materia forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução João P Monteiro e Maria B. Nizza da Silva. 3ª edição. São Paulo, Abril Cultural, 1983.

IGREJA E APOSTOLADO POZITIVISTA DO BRAZIL. *Ainda a verdade histórica acerca da instituição da liberdade espiritual do Brasil bem como do conjunto da reorganização republicana federal (a proposito das afirmações do Senador Ruy Barbosa, a esse respeito, no discurso proferido, no Senado Federal, a 20 de Novembro de 1912*. Rio de Janeiro, 1918.

JOHNOSON, Paul. *História do cristianismo*. Tradução de Cistiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Imago Editora, 2001. 680 p.

JOSSERAND. *De l'esprit des droits et de leur relativité. Theorie dite de l'abus de droits*. Deuxième édition. Paris: Librairie Dalloz, 1939, 454p.

KAPAI, Puja; Cheung, Anne S Y. *Hanging in a balance: freedom of expression and religion*. Buffalo Human Rights Review. Vol. 15, p. 41 a 79, 2009

KARIMI, Abbas. *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit*. Bibliothèque de droit prive. Tome 306. Librairie générale de droit et de jurisprudence. 2001. 414 p.

LAFER, Celso Lafer. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. 406p.

LAVALL, Manóel Guillermo Altava (coordinador). *Lecciones de derecho comparado*. Castello de La Plana, Publicaciones da Universitat Jaume I, DL, 2003, 422p.

LEVADA. Cláudio Antonio Soares. *O abuso e o novo direito civil brasileiro*. Tese de doutorado apresentada perante a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2005. 210p.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984. 188p.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos do cidadão*.

Coimbra Editora. 1996. 412p.

MARTINA, Giacomo. *História da igreja: de Lutero aos nossos dias*. Edições Loyola. 1996.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15ª edição refundida, ampliada e atualizada até a emenda constitucional 39, de 19.12.2002. São Paulo: Malheiros, 2003. 936p.

_____. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª edição atualizada. Malheiros, 1993. 48 p

MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1997. 303p.

MENDES, GILMAR Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 2ª edição revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008. 1432p.

MICHAELIS. *Moderno dicionário da língua portuguesa*. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/>>; acesso em 18/08/2009

MONTEIRO, Marco Antonio Corrêa. *A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos ao direito interno brasileiro e sua posição hierárquica no plano das fontes normativas*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: 2008. 145p.

MORAES, Alexandre de Moraes. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral: comentários dos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: Doutrina e Jurisprudência*. 5ª edição. São Paulo, Atlas, 2003. 322p.

NABUCO, Joaquim. *Um estadista do império: Nabuco de Araújo. Sua vida, suas opiniões, sua época*. 9ª edição. Tomo I. Rio de Janeiro: Companhia Editora Nacional Civilização Brasileira S.A. 1936.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de direito tributário*. 15ª edição, atualizada. São Paulo: Saraiva, 1999. 344p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. (Parte geral; parte especial). 4ª edição, revista, atualizada, ampliada. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008. 1072p.

_____. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 3ª edição,

revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. 1181p.

OSLON, Roger E. *História da teologia cristã: 2000 anos de tradição e reformas*. Tradução de Gordon Chown. São Paulo: Editora Vida, 2001. 668p.

PAULSEN, Leandro. Direito tributário. Constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 9ª edição revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do Advogado: ESMAFE, 2007

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Volume V. Direito de Família. 6ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 1987. 302p.

PINHEIRO, Maria Claudia Bucchianeri. *A separação estado-igreja e a tutela dos direitos fundamentais de liberdade religiosa no Brasil*. Faculdade de Direito da USP, Dissertação de Mestrado, 2007. 320p.

PIOVESAN Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 3. edição São Paulo: Max Limonad, 1997. 487p.

PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*. Dixieme édition. Tome deuxieme. Paris: Librairie Générale de Droit de Jurisprudence. 1926. 1150p.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1 de 1969. Tomo V (arts. 153, § 2º - 159)*. 2ª edição, Revista dos Tribunais, 1972. 701p.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal: doutrina: jurisprudência selecionada: conexões lógicas com vários ramos do direito*. 3ª edição reformulada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. 992p.

REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008

RIBEIRO, Milton. *Liberdade Religiosa: uma proposta para debate*. São Paulo : Editora Mackenzie, 2001. 134p.

RODRIGUES, Jean Carlos. *A articulação de escalas geográficas para a interpretação do contexto religioso evangélico pentecostal: o caso de Londrina (PR)*. Dissertação de mestrado em Geografia da Faculdade de Ciência e Tecnologia da Universidade do Estado de São Paulo. Presidente Prudente, 2003. 146p.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Do contrato social ou princípios do direito político*. Tradução Pietro Nassetti. Martin Claret, 2003. 128 p.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *Elementos de derecho constitucional*. Tomo 2. 3ª edición actualizada y ampliada, 1ª reimpresión. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001. 943p.

SALOMON, Décio Vieira. *Como fazer uma monografia*, 4ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1996

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais nas relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 401p.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do Trabalho Científico*. 20ª edição, revista e ampliada. São Paulo, Cortez: 1996

SHIRLEY, Robert Weaver. *Antropologia jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987. 100p.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro. Editora Lúmen Juris, 2008. 182p.

SILVA, José G. LAVORETTI, Wilson; GENOFRE, Fabiano. *Leis penais especiais anotadas*. 1ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Millenium, 2008. 662p.

SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. 195p.

SORIANO, Ramón. *Los derechos de las minorías*. Sevilla, Editorial MAD, 1999. 133p.

TRIBE, Laurence. *American constitutional Law*. Second Edition. New York. The Foundantion Press. INC. 1988. 1778p.

VOLTAIRE. *Tratado sobre a tolerância: por ocasião da morte de Jean Calas (1763)*. Tradução de Willian Lagos. Porto Alegre, RS: L\$M, 2008. 128p.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007. 339p.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual*

de direito penal brasileiro. Parte geral. Volume 1. 6ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. 766p.

2. Artigos:

ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade* (tradução de Menelick de Carvalho Netto). Ratio Iuris nº 2, p. 131 a 140. junho de 2003

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *A incorporação dos tratados internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro. Análise do tema à luz do direito constitucional*. Revista do Advogado. Estudos de Direito Constitucional em homenagem a Celso Ribeiro Bastos. AASP, , p. 48 a 58. Ano XXIII, Novembro de 2003

_____. *Os direitos fundamentais na constituição de 1988*. Revista do Advogado. 20 anos de Constituição. AASP. p. 42 a 53., Ano XXVIII, n. 99, Setembro de 2008

AZEVEDO, Damião Alves de. *Partidos políticos, organizações religiosas e instituições confessionais: sua adequação ao novo Código Civil e a continuidade de convênios públicos*. Revista CEJ, Brasília, n. 32, p. 101 a 107. jan./mar. 2006

BEINER, Theresa M.; DIPIPPA, John M. A. *Hostile environments and the religious employee*. University of Arkansas at Little Rock Law Journal. N. 19. p. 577 a 641, Summer, 1997

BARRETO, Maria Luiza Whataly. *Exercício da liberdade religiosa*. In. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Revista dos Tribunais: São Paulo, p. 249 a 254. Ano 4, Janeiro-Março de 1996

BARROSO, Luis Roberto Barroso. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito no Brasil*. Revista de Direito Administrativo, nº 240. p. 1 a 42. Rio de Janeiro: Renovar. Abril/junho de 2005

_____. *Eficácia e efetividade do direito à liberdade*. In. BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2002

BASTOS, Celso Ribeiro. -- *Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas (parecer)*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v.90. n.787. p. 493 a 507. Julho de 2001

BERCOVICH, Gilberto. *Carta psicografada pode ser admitida como prova?* Jornal do advogado. OAB/SP, Ano XXXIII, nº 329, p. 11. Junho de 2008

BROWNSTEIN, Alan. *La protección otorgada por La constitución de los Estados Unidos a las creencias religiosas y los grupos religiosos*. Traducción Alejandro Postadas Urtusuástegui; Revisión Victor Carlos Garcia Moreno. Revista de La facultad de derecho de Mexico. Tomo XLI, n. 178/180, p. 15 a 35. Julio-Diciembre, 1991

BROWNSWORD, Roger. *Freedom of contract, human rights and human dignity*. In. Daniel Friedmann and Daphne Barak-Eres. *Human rights in private Law*. p181 a 199. Oxford, Portland Oregon, 2003

CAMPOS, Flavio. *Imunidade tributaria na prestacao de servicos por templos de qualquer culto*. Revista Dialectica de Direito Tributario. Sao Paulo. n.54. p. 44 a 53. mar. 2000

CASTILLO, Antonio López. *A propósito de la neutralidad religiosa en el 25 aniversario de la constitución española: un apunte crítico*. Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, nº 71, p. 217 a 242. Año 24, Mayo/Agosto de 2004

_____. *Libertad de consciencia y de religión*. Revista Española de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Madrid. v. 21. n. 63. p. 11 a 42. sept./dic. 2001

CLERGERIE, Jean-Louis. *La place de la religion dans la future Constitution européenne*. Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a L'Étranger. Paris. n.3. p.739 a 754. mai/juin. 2004

COSTA, Maria Emília Corrêa da. *Apontamentos sobre a liberdade religiosa e a formação do Estado laico*. In. LOREA, Roberto Arriada (organizador). *Em defesa das liberdades laicas*. p. 97 a 116. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre: 2008

COURTIS, Christian. *La eficacia de los derechos humanos en las relaciones entre particulares*. In. MONTEIRO, António. NEUNER, Jörg, SARLET, Ingo. *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. p. 81 a 110. Almedina, 2007

CUSTOS, Dominique. *Secularism in french public schools: back to*

war? *The french statute of march 15, 2004*. The American Journal of Comparative Law. N. 54. p. 337 a 399. Spring, 2006

ESSADO, Tiago Cintra. *Carta psicografada pode ser admitida como prova?* Jornal do advogado. p. 10. OAB/SP Ano XXXIII, nº 329, junho de 2008

FAVOREAU, Louis. *La constitucionalización del derecho*. Rev. derecho (Valdivia). [online]. ago. 2001, Vol. 12, No. 1 [citado 12 Mayo 2007], pp. 31-43. Disponible en la World Wide Web: <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502001000100003&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *O ensino religioso nas escolas públicas: exegese do § 1º do art. 210 da CF de 05.10.1988*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Revista dos Tribunais, Ano 5, nº 20, p. 19-47. Julho-Setembro de 1997

GARCIA, Ismar Estulano. *Psicografia como prova judicial*. Consulex - Revista Jurídica, Brasília: Consulex, v. 10, n. 229, p. 24-26, 31 jul.2006

GORDO, Guillermo A. *Algunas cuestiones vinculadas con la interpretación en materia de derechos humanos*. In. GORDILLO, Agustín (coordinador). *Derechos humanos*. 6º. Edición. p. V-1 a V-12. Buenos Aires, Fundación de derecho administrativo, 2007

GREEN, Steven K. *Symposium: a second-class constitutional right? Free exercise and the current state of religious freedom in the united states: religious liberty as a positive and negative right*. Albany Law Review. Vol. 70, p. 1453 a 1452, 2007

GRIMM, Dieter. *Freedom of religion in the secular state*. Vol. 30. Cardoso Law Review. Yeshiva University. p. 2369 a 2381 June 2009

GUNN, T. Jeremy. *International Law and Religion Symposium: Article: Religious Freedom and Laicite: A comparison of the United States and France*. Brigham Young University Law Review, p. 419 a 506, 2004

GUASTINI, Riccardo. *La “constitucionalización” del ordenamento jurídico: el caso italiano*. In. CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª edição. p. 49 a 74. Madrid: Editorial Trotta, 2005

HESELGRAVE, David J. *Will we correct de Edinburg error? Future mission in historical perspective*. Southwestern Journal of Theology. Volume 49, Number 2. p. 121 a 149. Spring 2007

IGREJA E APOSTOLADO POZITIVISTA DO BRAZIL. *Carta liberdade dos cultos. Carta a Sua Reverência, o Sr. Bispo do Pará, em resposta á representação que dirigiu á camara dos deputados, seguida por uma nota acerca da suppressão do juramento parlamentar*. In. LEMOS, Miguel, MENDES, Raimundo Teixeira. *L'apostolat positiviste du Brésil (orde e progress)*. Coletânea de textos. Rio de Janeiro, Séde do Apostolado Positivista do Brazil. 1oo (1888).

JAN, Pascal. *La laïcité à l'école: l droit national contre "le droit local". La loi plutôt que la négociation. Question de valeurs*. Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger., no. 2, p. 301 a 305. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Mars-Avril 2004

KOWALIK, Adam. *Efeitos civis do casamento religioso no Brasil*. disponível em <http://www.libertadreligiosa.net/articulos/Efeito_civil.pdf>, acesso em 12/10/2009. 17p.

LAGOUTTE, Stéphanie; LASSEN, Eva Maria. *Meeting the challenge: redefining europe's classical model for state intervention in religious pratices*. Netherlans Quarterly of Human Rigths. Intersentia Publishers. Vol. 24, n. 1, p. 33 a 59. March, 2006

LEVY, Leonard W. *Liberty and the first amendment: 1700-1800*. In. Lawrence M. Friedman; Herry N. Scheiber. *American law and constitutional order: historical perspectives*. Enlarged Edition. p. 99 a 106. Harvard University Press. 1988

LOCKE, Jonh. *Carta sobre a tolerância*. In. LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e outro escritos: ensaio sobre a origem, os limites e os fins verdadeiros do governo civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. p. 239 a 289. Petrópolis: Vozes, 1994

LOREA, Roberto Arriada. *Acesso ao aborto e liberdades laicas*. Horizontes Antropológicos. ano 12, n. 26, p. 185-201, Porto Alegre. Jul./Dez. 2006

LOURENÇO, Daniel Braga. *A liberdade de culto e o direito dos animais não-humanos*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 51, p. 295-318. Revista dos Tribunais. Abril/Junho de 2005

MARCÃO, Renato. *Psicografia e prova penal*. Revista Jurídica Consulex. Brasília, v. 10, n. 229, ano 10, p. 26 a 27, 31/jul/2006

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Educação religiosa nas escolas públicas – Inteligência do art. 210 da Constituição Federal - Opinião legal*. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial. Ano 20, vol. 75, p. 115 a 123, Jan-Março 1996

_____. *Imunidades condicionadas e incondicionadas. Inteligência do artigo 150, inciso VI, e § 4º e artigo 195, § 7º, da Constituição Federal*. Revista Dialética de Direito Tributário, nº 28, p. 68-83, jan/1998

MARTINS, Leonardo. *Liberdade religiosa e liberdade de consciência no sistema da constituição federal*. Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, janeiro de 2008. Disponível em <[HTTP://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConsteudo=52586](http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConsteudo=52586)>. Acesso em 29/08/2009

MAURER, Béatrice. *Notas sobre o respeito da dignidade humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um ponto central*. Rita Dostal Zanini. In. SARLET, Ingo. *Dimensões da dignidade: ensaio de filosofia do direito e direito constitucional*. 2ª edição revista e ampliada. p. 119 a 143. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

MIRAGEM, Bruno. *Abuso de direito: ilicitude objetiva no direito privado brasileiro*. Revista dos Tribunais, ano 94, volume 842. p. 12 a 44. Dezembro de 2005

MIRANDA, Jorge. *A liberdade religiosa em Portugal e o anteprojeto de 1997*. Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. EDIPUCRS, Vol 21, Ano XXII, p.167 a 187, 2000

MOORE ,Kathleen M. *In this issue: religious pluralism and civil society: section three: minority and immigrant experience: muslims in the united states: pluralism under exceptional circumstances*. The Annals of the American Academy of Political and Social Science. Vol. 621, p. 116 a 130, July, 2007

NUCCI, Guilherme de Souza. *Da ilegitimidade da psicografia como meio de prova no processo penal à luz da reforma processual penal de 2008*. Carta Forense. Edição n. 72. p. A-28. Maio de 2009

ORTEGA, Abraham Barrero. *Libertad religiosa y deber de garantizar la vida del hijo. (A proposito de la STC 154/2002, de 18 de julio)*. Revista Española de Derecho Constitucional, 75, año 25, p. 325-356, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, septiembre-diciembre, 2005

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. *Perspectivas dos pactos internacionais de direitos humanos no Brasil: um enfoque constitucional*. In. TAVARES, André R.; FERREIRA, Olavo; LENZA, Pedro. *Constituição Federal 15 anos: mutação e evolução, comentários e perspectivas*. p. 53 a 72. São Paulo: Método, 2003

PORTO, Walter Costa. *Católicos e acatólicos: o voto no império*. Revista de Informação Legislativa. Brasília. Ano 41, nº 162, p. 393-398. Abril/Junho de 2004

RAMOS, Elival da Silva. *Notas sobre a liberdade de religião no Brasil e nos Estados Unidos*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, São Paulo, n. 27-28, p. 199-246. Janeiro/Dezembro de 1987

RIMOLI, Francesco. *Laicità, postsecolarismo: intragrazione dell'estraneo. Una sfida per la democrazia pluralista*. Diritto Pubblico. 2. p. 335 a 465 Il Mulino, 2006

ROBERT, Jaques. *Cacophonie*. Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, p. 312-314, Mars-Avril 2004

RUTHERFORD, Jane. *Religion, rationality, and special treatment*. William & Mary Bill of Rights Journal. N. 9. P. 303 a 351. February, 2001.

SANCHIS, Luis Prieto. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*. In. CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª edição. p. 123-158. Madrid: Editorial Trotta, 2005

SANTOS, Lourdes de Lima. *Da proteção à liberdade de religião ou crença no direito constitucional e internacional*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, Revista dos Tribunais, nº 51, p. 121-169, Abril/Junho de 2005

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. *A imunidade religiosa*. Revista Dialectica de Direito Tributario. Sao Paulo. n. 4. p. 61 a 5. jan. 1996

SARLET, Ingo. *A influência dos direitos fundamentais no direito*

privado : o caso brasileiro. In. MONTEIRO, António. NEUNER, Jörg, SARLET, Ingo. *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. p. 111 a 144. Almedina, 2007

SILVA, Julia. *O direito de decidir*. MPD – dialógico. Revista do movimento do ministério público democrático. Ano V. n. 22. p. 13 e 14. 2008

SILVA NETO, Manoel Jorge. *A proteção constitucional à liberdade religiosa do empregado*. Revista de direito do trabalho, n. 108, ano 28, p. 213 a 220. Editora revista dos Tribunais. Outubro-Dezembro de 2002

SMITH, Michael. *The special place of religion in the constitution*. Supreme Court Review. 1983. p. 83 a 123

SORIANO, Aldir Guedes. *Historicidade dos direitos humanos e a liberdade religiosa*. In. Ribeiro, Maria e Mazzuolli, Valério (coordenadores). *Direito internacional dos direitos humanos: estudos em homenagem à Profa. Flávia Piovesan*. 3ª Reimpressão, p. 25-35. Curitiba, Juruá Editora, 2007

STARCK, Christian. *Raíces Historicas de la libertad religiosa moderna*. Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Constitucionales, Año 16, n. 47, p. 9-123, Mayo/Agosto de 1996

TAVARES, André Ramos. *O direito fundamental ao discurso religioso*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 3, nº 10, abril de 2009. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=5799>>. Acesso em 29/08/2009

_____. *Religião e neutralidade do estado*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 2, n. 5, p. 13-25, jan.mar. 2008. Disponível em <<http://www.editoraforum.com.br/BID/bidConetudoShow.aspx?idConetudo=5287>> acesso em 29/08/2009

TERAOKA, Thiago Massao C. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade: síntese doutrinária e aspectos constitucionais*. Revista Jurídica do Ministério Público do Mato Grosso. Ano 3, n. 5, p. 147 a 160. Junho/dezembro de 2008

TURNER, Maximilien. *Comment: the price of a scarf: the economics*

of strict secularism. University of Pennsylvania Journal of International Economic Law. N. 26. p. 321 a 346. Summer, 2005.

VARGAS, Graciela Sandoval. *Libertad religiosa y relaciones Iglesia-Estado em Mexico*. Revista de La Facultad de Derecho. Universidad Complutense, curso 1992-1993. Madrid. nº 82, p. 227-58

VIDA, Maria Ángeles Martín. *¿Puede una maestra portar durante das clases en uña escuela pública un pañuelo e la cabeza por motivos religiosos? (Comentario a la Sentencia Del Tribunal Constitucional Federal Alemán de 24 de Septiembre de 2003, Caso Lundin)*. Revista Española de Derecho Constitucional, 70, año 24, p. 313-337. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Enero/Abril 2004

WALLACE, James E. *Relationships between Law and Religion in American Society*. Review of Religious Research, vol. 7, n. 2, p. 63 a 70. Religious Research Association, Inc. Winter, 1966

WHITE JR, John. *The essencial rigths and liberties of religion in the american constitucional experiment*. Notre Dame Law Review, vol. 71, n. 3, p.372 a 445, 1996

WIMBERLEY, Ronald C.; CHRISTENSON, James A. *Civil Religion and Church and State*. The Sociological Quarterly, vol. 21, n. 1, p. 35 a 40. Blackwell Publishing on behalf of the Midwest Sociological Society. Winter, 1980

3. Notícias de jornais e revistas:

AMARAL JR, José Levi. *Migalhas dos leitores - Crucifixo no STF*. Informativo Migalhas. Terça-feira, 20 de julho de 2004 - Migalhas nº 969, disponível em http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_amanhecidas.aspx?op=true&cod=5791, acesso em 01/09/2009

CAVALCANTE, Vidal. *Transplante de medula é feito em SP sem transfusão de sangue*. O Estado de São Paulo, quarta-feira, 03/01/2007, p. A 16. Cf. Tecnologia a serviço da religião. Disponível em <<http://globoreporter.globo.com/Globoreporter/0,19125,VGC0-2703-3131-3-48077,00.html>>, acesso em 9/2/2006

Cientistas britânicos criam sangue de plástico. Terra - Notícias - Ciência e Meio Ambiente - Pesquisas . Disponível em <<http://noticias.terra.com.br/ciencia/interna/0,,OI1607888-EI8148,00.html>>, acesso em 11/05/2007

IÓRIO, Oswaldo. *Quem mudou a bíblia e por quê?* Espiritismo e ciência. n. 68. p. 6-10. Mythos Editora

MAGALHÃES, João Carlos; PICHONELLI, Matheus. *Ex-fíéis recorrem à Justiça contra igrejas: ações cobram indenizações por promessas*. Folha de São Paulo, caderno Cotidiano, p. C3, publicado em 5 de julho de 2006

MENDES, Karla Losse. Gilmar Mendes critica discussão sobre símbolos religiosos em tribunais. Folha ON-Line, em 11/08/2009, disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u608194.shtml>, acesso em 01/09/2009

MORBIDELLI, José Donizerri. *Uma lei, muitas polêmicas*. Eclésia. Ano 11, edição 121, p. 26 a 30. São Paulo: Eclésia

MPF/BA quer suspender a venda de livro da Igreja Universal. Notícia do Site do Ministério Público Federal da Bahia. Publicada em 07.11.2005. Disponível em <<http://www.prba.mpf.gov.br/pr-noticia.php?cod=19>> acesso em 23.10.2006.

O Islã deve adaptar-se à modernidade, sugere Blair. O Estado de São Paulo de 17 de outubro de 2006, disponível em

<<http://www.estadao.com.br/ultimas/mundo/noticias/2006/out/17/86.htm>>, acesso em 17.10.2006.

SOBRINHO, Paulo da Silva Neto Sobrinho. *Espíritos ou demônio: quem se manifesta?* In. Espiritismo e ciência, nº 68, p. 31 a 36. Mythos Editora.

STEFANO, Marcos Stefano. Existe perseguição religiosa no Brasil? Eclésia. Ano 11, edição 121, p. 32 a 33. São Paulo: Eclésia