

**PASCHOAL SILVARES BAPTISTA GOMES DA ROCHA**

**Disciplina jurídica da liberdade religiosa no Brasil**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Associado Dr. Alexandre de Moraes

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo – SP**

**2019**



**PASCHOAL SILVARES BAPTISTA GOMES DA ROCHA**

**Disciplina jurídica da liberdade religiosa no Brasil**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração de Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Assoc. Dr. Alexandre de Moraes.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO**

**FACULDADE DE DIREITO**

**São Paulo – SP**

**2019**

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo ou pesquisa, desde que citada a fonte.

**Catálogo na Publicação**  
**Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da**  
**Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**

---

Rocha, Paschoal Silveiras Baptista Gomes da  
Disciplina jurídica da liberdade religiosa no Brasil. -- São Paulo,  
2019.  
209 p.  
Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito,  
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.  
Orientador: Alexandre de Moraes.

1. Constitucionalismo. 2. Direitos Fundamentais. 3. Liberdade religiosa. 4. Separação Estado-Igreja. 5. Liberdade de crença. 6. Dia sagrado de guarda. I. Moraes, Alexandre, orient. II. Título.

---

Nome: ROCHA, Paschoal Silvaes Baptista Gomes da.

Título: Disciplina jurídica da liberdade religiosa no Brasil.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade de São Paulo como exigência parcial  
para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prof(a). Dr(a). \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof(a). Dr(a). \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof(a). Dr(a). \_\_\_\_\_ Instituição: \_\_\_\_\_

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_



Dedico aos meus irmãos Edgard Silves e Roxane  
Rocha as minhas melhores reflexões.



## AGRADECIMENTOS

A Deus, por me criar livre e ser o mantenedor da verdadeira liberdade.

Ao meu pai e a minha mãe, pois sem o amor deles eu não teria a liberdade de ser quem sou.

Aos familiares e amigos, que com carinho me apoiaram durante esta fase da vida.

Ao Professor Alexandre de Moraes que me concedeu a oportunidade de aprender ao lado das melhores mentes de nosso país, confiando nos meus esforços e garantindo um ambiente de liberdade intelectual para que eu pudesse me desenvolver. Meu muito obrigado.

A Maria Cláudia Bucchianeri Pinheiro, que embora eu ainda não tenha tido a oportunidade de conhecer pessoalmente, me amadureceu com suas reflexões acadêmicas escritas sobre liberdade religiosa.

Ao ministro Carlos Ayres Britto, que em um diálogo breve, foi atencioso o bastante e assertivo o suficiente para provocar conclusões fundamentais para o meu trabalho.

Ao professor Jónatas Eduardo Mendes Machado, que me ensinou durante este período de pesquisas que a língua portuguesa é depositária dos mais belos tesouros da liberdade religiosa, assim como guarda consigo um poderoso e treinado exército na defesa dos seus princípios.

A minha Heloísa Barbosa Pinheiro Rodrigues, que começou este trajeto comigo como namorada, mas que me concede a alegria de juntos encerrá-lo como noivos. A ela todo o reconhecimento por enobrecer cada passagem e explanação com a melhor gramática e semântica de nosso idioma. Ela me garantiu a liberdade de expressão para que pudesse falar de liberdade religiosa. A você o restante da minha vida.

À Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por me proporcionar nestes três anos oportunidades de intenso crescimento intelectual, cultural e social que me acompanharão pelo restante da vida.

E aos muitos nomes que este espaço não comporta, mas que o coração homenageia.



*De todas as liberdades sociais, nenhuma é tão congenial ao homem, e tão nobre, e tão frutificativa, e tão civilizadora, e tão pacífica, e tão filha do Evangelho, como a liberdade religiosa.*

Rui Barbosa

*Respondeu Pedro e os apóstolos: Mais importa obedecer a Deus do que aos homens.*

Atos 5:29



## RESUMO

ROCHA, Paschoal Silves Baptista Gomes da. Disciplina jurídica da liberdade religiosa no Brasil. 2019. 209 f. Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

O presente trabalho analisa a disciplina jurídica da liberdade religiosa no Brasil, buscando identificar seus elementos principais e destacá-los quanto ao propósito que foram elaborados e inscritos na Constituição brasileira de 1988. Entendendo que nossa Constituição está inserida em um contexto ideológico do constitucionalismo moderno, recuperamos a contribuição dada por este ao nosso sistema jurídico na moldura do princípio de liberdade religiosa, que divide com o próprio constitucionalismo influências mútuas e propósitos. A finalidade dos direitos de liberdade religiosa está em proporcionar a máxima valorização da dignidade da pessoa humana que, devido a sua sagrada liberdade de consciência e crença, produz no constitucionalismo um capítulo dedicado à proteção desta faculdade, nomeadamente os direitos fundamentais. Entendendo então que como consequência do respeito à dignidade humana temos a garantia ao direito fundamental de crença e religião, empreenderemos uma análise pelas constituições brasileiras a fim de identificar as contribuições e amadurecimentos acumulados até a formação de nossa atual disciplina jurídica religiosa, entendida como realmente capaz de viabilizar o princípio da liberdade religiosa, garantindo a separação Estado-Igreja e o livre exercício de crença religiosa. Após a caracterização feita dos principais fundamentos da liberdade religiosa dispostos na Constituição, separamos uma parte neste trabalho, ao final, para desenvolver, com base nos apontamentos teóricos feitos, parâmetros para uma correta e coerente solução em relação às liberdades de exercício de crença em dia sagrado de guarda. O estudo será realizado por meio do método dedutivo, com a utilização de pesquisa teórica e documental jurídica, bem como revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Constitucionalismo, Direitos Fundamentais, Liberdade Religiosa, Separação Estado-Igreja, Liberdade de Crença, Dia Sagrado de Guarda.



## **ABSTRACT**

ROCHA, Paschoal Silvaes Baptista Gomes da. Legal Discipline of Religious Freedom in Brazil. 2019. 209 p. Dissertation (master) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2019.

This paper reviews religious freedom in Brazil, aiming to deal with its main elements and emphasize its purposes in the way they were written on the Brazilian Constitution. Realizing that our Constitution is part of an ideological context of modern constitutionalism, we recall the contribution given by constitutionalism to our legal system in building our religious freedom principle, which shares with constitutionalism mutual influences and objectives. The intent of the religious rights is to proportionate the highest value to human dignity, that has attached to it the sacred freedoms of conscience and belief, generating in constitutionalism an entire section for fundamental rights. As a consequence of human dignity, we have the guaranty to fundamental right of belief and religion, and based on that, we searched through the Brazilian constitutions in order to identify the contributions and accumulated learning on framing our own religious freedom legal system, understood as really capable of enabling the principle of religious freedom, ensuring the establishment clause and the free exercise clause. Having dealt with the premises of the religious freedom as written in the Constitution, we developed at the end of this paper, considerations how to make coherent decisions and solve conflicts derived from the free exercise of religious rights to keeping Sabbath days. We took into consideration the theoretical part of this study. The study will be carried out through the deductive method, using theoretical and legal documentary research, as well as bibliographic review.

Keywords: Constitutionalism, Fundamental Rights, Religious Freedom, Disestablishment Clause, Free Exercise Clause, Holy Days.



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	p.21
<b>2 CONSTITUCIONALISMO: REFERENCIAL TEÓRICO PARA ANÁLISE DO TEMA</b> .....	p.25
2.1 “ <i>WE THE PEOPLE</i> ”: O POVO E A CONSTITUIÇÃO.....	p.25
2.2 CONSTITUCIONALISMO E LIBERDADE RELIGIOSA.....	p.28
2.3 CONSTITUCIONALISMO E LAICIDADE.....	p.32
2.4 CONSTITUCIONALISMO E O DILEMA CONTRAMAJORITÁRIO.....	p.35
<b>3 A LIBERDADE RELIGIOSA</b> .....	p.43
3.1 (IN)TOLERÂNCIA E LIBERDADE RELIGIOSA.....	p.48
<b>3.1.1 Da tolerância à liberdade religiosa</b> .....	p.50
3.2 O CONCEITO DE CRENÇA.....	p.54
3.3 LIBERDADE DE PENSAMENTO, CONSCIÊNCIA E DE EXPRESSÃO.....	p.66
<b>3.3.1 Liberdade de consciência e de pensamento</b> .....	p.66
<b>3.3.2 Liberdade de expressão</b> .....	p.70
<b>3.3.3 Objeção de consciência</b> .....	p.76
3.3.3.1 Objeção de consciência em seu aspecto incomensurável.....	p.83
3.4 AS DIMENSÕES DA LIBERDADE RELIGIOSA.....	p.89
<b>3.4.1 O princípio da liberdade religiosa</b> .....	p.89
<b>3.4.2 As três dimensões da liberdade religiosa</b> .....	p.90
3.4.2.1 Liberdade religiosa interna e externa, individual e coletiva.....	p.90
3.4.2.2 Dimensões subjetiva, coletiva e institucional da liberdade religiosa.....	p.93
3.4.2.2.1 <i>Liberdade de crença</i> .....	p.94
3.4.2.2.2 <i>Liberdade de culto</i> .....	p.95
3.4.2.2.3 <i>Liberdade de organização</i> .....	p.100
<b>4 A LIBERDADE RELIGIOSA NOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS ASSUMIDOS PELO BRASIL</b> .....	p.103
4.1 DO TRATADO DE WESTFÁLIA ATÉ A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS EM 1948.....	p.107
4.2 A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E SUA POSTURA DIANTE DA LIBERDADE RELIGIOSA.....	p.110



<b>5 A SEPARAÇÃO ESTADO-IGREJA E OS MODELOS DE RELACIONAMENTO ENTRE AMBOS.....</b>	<b>p.117</b>
5.1 DO DISCURSO RELIGIOSO AO DISCURSO JURÍDICO DA CLÁUSULA DE SEPARAÇÃO ESTADO-IGREJA.....	p.118
5.2 AS RELAÇÕES ENTRE ESTADO E AS CONFISSÕES RELIGIOSAS.....	p.123
<b>5.2.1 O desenvolvimento das relações Estado-Igreja.....</b>	<b>p.123</b>
<b>5.2.2 O modelo brasileiro: separação Estado-Igreja.....</b>	<b>p.127</b>
<b>5.2.3 Princípio de separação, dignidade, igualdade e pluralismo.....</b>	<b>p.128</b>
<b>6 A EVOLUÇÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL: DO IMPÉRIO ATÉ 1988 .....</b>	<b>p.137</b>
6.1 CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL DE 1824.....	p.138
6.2 DECRETO 119-A E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1891.....	p.143
6.3 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1934.....	p.147
6.4 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1937.....	p.149
6.5 CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1946.....	p.149
6.6 CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1967 E EMENDA CONSTITUCIONAL N. 1: CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1969.....	p.152
6.7 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.....	p.154
6.8 O “REPOUSO SEMANAL” E OS “FERIADOS RELIGIOSOS DE ACORDO COM A TRADIÇÃO LOCAL” NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS.....	p.160
<b>7 LIBERDADE TOLERADA: OS SABATISTAS E O DIREITO DE EXERCÍCIO DE CRENÇA AOS DIAS SAGRADOS DE GUARDA E OBSERVAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....</b>	<b>p.173</b>
7.1 O DIREITO DE CRENÇA NO SÁBADO COMO DIA SAGRADO DE REPOUSO NO DISCURSO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	p.174
7.2 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 611.874/DF.....	p.177



<b>7.2.1 Voto da relatora desembargadora federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues.....</b>	<b>p.179</b>
<b>7.2.2 Recurso 611.874/DF da AGU contra acórdão em mandado de segurança nº 2007.01.00.042619-8/DF.....</b>	<b>p.185</b>
<b>7.2.3 Parecer do procurador-geral da república pelo provimento do recurso interposto pela AGU.....</b>	<b>p.193</b>
<b>8 CONCLUSÃO.....</b>	<b>p.199</b>
<b>REFERÊNCIAS</b>	



# 1 INTRODUÇÃO

No mundo, atualmente, o fenômeno religioso se relaciona com a realidade imediata de pelo menos 8 em cada 10 pessoas do planeta. Entre os 16% restantes, muitos relatam o engajamento com algumas práticas espirituais ou possuir algumas crenças religiosas<sup>1</sup>.

No Brasil a realidade não é muito diferente. O país é o segundo maior em população cristã mundial, com cerca de 8% desta população, sendo precedido apenas pelos Estados Unidos, que acumula a maior taxa percentual, contando com 11% de todos os cristãos do mundo<sup>2</sup>.

Quanto à realidade interna brasileira, os dados do IBGE<sup>3</sup>, referente ao último censo realizado em 2010, informa que 90% da população brasileira é adepta de alguma religião, sendo que os cristãos compõem mais de 86% da sociedade brasileira, havendo ainda outras diferentes crenças a compor as expressões religiosas no país, entre elas os adeptos do espiritismo, umbanda, candomblé, judaísmo, tradições indígenas, islamismo, hinduísmo, entre outras.

É notável que a religião é um elemento importantíssimo da vida humana, e que deixar de considerá-la é desperdiçar a oportunidade de compreender os imbricados meandros individuais e sociais que proporcionam o desenvolvimento de acomodações necessárias no estabelecimento de uma sociedade justa, livre e solidária<sup>4</sup>.

É neste sentido que, ao realizar este trabalho, projetamos o nosso olhar sobre o fenômeno religioso no Brasil e seus desdobramentos no mundo jurídico, de maneira que pudéssemos lembrar, ressaltar e apontar para os aspectos essenciais deste fenômeno que merecem constante a atenção, em particular dos juristas do nosso país.

---

<sup>1</sup> PEW RESEARCH CENTER. *The global religious landscape*. Pew Research Center's Forum on Religion & Public Life, 18 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.pewforum.org/2012/12/18/global-religious-landscape-exec>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> BRASIL. Instituto Brasileiro de Estatística e Geografia. *Diversidade religiosa é marca da população brasileira*. Brasília, 24 jan. 2018. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/cidadania-e-inclusao/2018/01/diversidade-religiosa-e-marca-da-populacao-brasileira>. Acesso em: 16 jan. 2019.

<sup>4</sup> Art. 3º, I da Constituição de 1988. BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

Nossa perspectiva, voltada para a proteção e garantia do livre exercício de crenças e das expressões religiosas, terá por interesse traduzir em um discurso jurídico o lugar que elas ocupam no universo constitucional, sua relação com os princípios que sustentam a ideia de liberdade e como podem contribuir para a formação de uma sociedade harmoniosa.

Isto não significa que o discurso confessional não seja importante, muito pelo contrário. Sem ele não teríamos liberdade religiosa e, não só isso, também nos faltaria a noção moderna de um espaço individual e sagrado, distante do poder do Estado, que só se desenvolveu como propriamente ‘moderno’, à medida que assumiu como finalidade guardar e promover todas as capacidades humanas harmoniosamente em sociedade.

Temos a compreensão de que com o constitucionalismo moderno o discurso religioso definitivamente cede seus argumentos de fundamentação da liberdade religiosa para o discurso jurídico, assumindo na ciência constitucional a secularização que reforçará enfaticamente o princípio da dignidade humana, e o seu desdobro imediato, o princípio da igualdade.

Usando como referência grandes marcos para a formação do princípio da liberdade religiosa, como o constitucionalismo americano e sua congênere Convenção de Direitos, buscamos recapitular a importância que o princípio de separação entre o Estado e as confissões religiosas tiveram para com todos os direitos de religião, e de que maneira eles podem ser levados a sua mais plena concretização no ordenamento brasileiro.

Ainda, no desenvolvimento da história constitucional brasileira, notamos uma clara evolução e atualização, em sentido positivo, da compreensão de liberdade religiosa pelos nossos constituintes, conforme as Constituições foram se modernizando.

Por fim, com a Constituição de 1988, chegamos não só no momento mais moderno dessa trajetória de amadurecimento para com os direitos fundamentais e os direitos de crença e religião, mas alcançamos, enfim, uma posição privilegiada para progredir coerentemente na autorrealização espiritual e moral em todas as esferas da existência.

Neste sentido, a Constituição Cidadã nos fornece, com os princípios e regras atualizados, uma disciplina jurídica do tema com instrumentos robustos para fazer valer os direitos de religião na aplicação do princípio da liberdade religiosa.

De imediato, a Carta proporciona como fundamento do Estado democrático de direito o princípio da dignidade humana<sup>5</sup>, sendo este um dos elementos que juridicamente mantém de pé o edifício constitucional e, mais adiante, nos fornece no artigo 5º, *caput*, o piso deste edifício, sobre o qual todos podem conviver, que é o princípio da igualdade.

Ciente de que a nossa igualdade, como seres humanos, está justamente na capacidade de conscientemente nos autodeterminarmos, é que a constituição detalha em um capítulo especial os “direitos e deveres individuais coletivos” em que são especificadas todas as diferenças ou grupos de diferenças até hoje vislumbradas, possíveis de serem usufruídas por cada ser humano e, por causa delas, comanda aos poderes públicos que se responsabilizem pelo constante cumprimento destes direitos fundamentais, buscando sempre soluções adequadas para o aperfeiçoamento das capacidades morais e intelectuais humanas.

Quanto a essas soluções adequadas ao princípio da liberdade religiosa, tal como desenhado na nossa Constituição, separamos uma parte neste trabalho, ao final, para desenvolver, com base nos apontamentos teóricos feitos, parâmetros para uma correta e coerente solução em relação às liberdades de exercício de crença em dia sagrado de guarda.

Propomos assim este trabalho com vistas ao reforço da matéria, valorização do princípio da liberdade religiosa e sua conseqüente dinâmica na ordem jurídica brasileira. O estudo será realizado através do método dedutivo, com a utilização de pesquisa teórica e documental jurídica, bem como revisão bibliográfica.

---

<sup>5</sup> Artigo 1º, III da Constituição Federal de 1988: “Brasil é um estado democrático de direito que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana”.



## 2 CONSTITUCIONALISMO: REFERENCIAL TEÓRICO PARA ANÁLISE DO TEMA

Começaremos nosso estudo pela análise do constitucionalismo como referencial teórico, importante moldura ao desenvolvimento dos temas pertinentes a este trabalho.

### 2.1 “WE THE PEOPLE”<sup>6</sup>: O POVO E A CONSTITUIÇÃO

As famosas palavras “*nós, o povo*” nos remete à introdução provavelmente mais conhecida entre todas as constituições do mundo, tendo a expressão “*we the people*” o potencial semântico de sintetizar o significado histórico do desenvolvimento do constitucionalismo como poucas.

Com a elaboração da Constituição americana de 1787 inicia-se uma fase revolucionária na história do constitucionalismo moderno, e “a epígrafe sugere aquilo que, na realidade, marcou o constitucionalismo americano: um povo”<sup>7</sup>.

O “povo” é a fonte de poder e da finalidade do Estado e deveria assim continuar permanentemente na concepção dos formuladores da constituição americana, os *framers*. Era o objetivo desses formuladores evitar que houvesse qualquer tirania sobre o “povo”, não importando se esta fosse uma tirania de apenas um ou de muitos.

Como nos explica Canotilho, diferentemente da tradição inglesa, que depositou sobre o parlamento a soberania máxima, nos Estados Unidos o “povo” não deveria ser confundido com um parlamento tirano que estabelecia impostos sem representação. A ideia neste ponto é diferente também daquela que assumiu a Revolução Francesa que criou o

---

<sup>6</sup> “Nós, o povo” é a tradução das primeiras palavras assim escritas na Constituição americana de 1787. Abrindo o preâmbulo do Texto, apresentam-se as premissas e finalidades em que será construído o conteúdo constitucional. No original: “We the people of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Traquility, provide for the common defence, promote the general welfare, and secure the Blessings of liberty to ourselves and our posterity, do ordain and establish this Constitution of the United States of America.”

<sup>7</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.58.

conceito de “nação” como o soberano, que acabou suplantando o indivíduo pela ideia de representação irrestrita centrada nos “representantes legislativos”<sup>8</sup>.

Contrariamente aos modelos inglês e francês, o movimento constitucional estadunidense centrou-se no povo, que permanentemente deveria ser a fonte concreta da autoridade exercida. Se no modo inglês o parlamento fez com que essa autoridade fosse subtraída pela tirania parlamentar, foi objeto da constituição americana “garantir os cidadãos, em jeito de lei superior, contra as leis do legislador parlamentar soberano”<sup>9</sup>. Se no modelo constitucional francês o legislativo passou a ser uma vontade ilimitada, corrompendo-se como se fosse a vontade do povo, na perspectiva americana buscou-se “uma ordem política informada pelo princípio do ‘governo limitado (*limited government*)’ ”.<sup>10</sup>

A finalidade da constituição na lógica americana é apontar constantemente para o povo como o elemento da finalidade estatal, orientada por um documento que identificaria as características deste povo a serem satisfeitas, e não transgredidas. Há nisso tremenda valorização deste, não como uma massa uniforme e uníssona, e sim como uma soma de indivíduos diferentes. Não há vontade majoritária ou singular que deva suplantir o valor intrínseco da vontade de cada cidadão, concepção que se expressou na forma de direitos fundamentais limitadores do Estado na ordem constitucional escrita.

Percebe-se que a finalidade dos *founding fathers* (pais fundadores) ao redigir a constituição para uma democracia era evitar “possíveis tiranias da maioria”. Eles “procuraram revelar em uma lei fundamental escrita determinados direitos e princípios fundamentais que, em virtude da sua racionalidade intrínseca e da dimensão evidente da verdade neles transportada, ficam fora da disposição de uma “possible tyranny of majority”<sup>11</sup> (possível tirania da maioria).

Ninguém estar acima da lei é sinônimo, neste caso, de ninguém estar acima do “povo”, conforme estipulado no texto constitucional. A constituição passa a ser a “ ‘bíblia política do Estado’ condensadora dos princípios fundamentais da comunidade política e dos direitos dos particulares”. Assim, a ideia da constituição seria a de “uma lei superior que

---

<sup>8</sup> *Ibidem*, p.59.

<sup>9</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.59

<sup>10</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.59.

<sup>11</sup> *Idem*.

torna nula (*void*) qualquer ‘lei’ de nível inferior, incluindo as leis ordinárias do legislador, se estas infringirem os preceitos constitucionais”.<sup>12</sup>

Monica Herman Caggiano, ao lidar com o exato tema, identifica na expressão “nós, o povo” a finalidade de limitar o poder com a intenção expressa de garantir a liberdade individual na sociedade.

‘Nós o povo’. Isto porque passa a noção de constitucionalismo a impor a participação do povo na feitura da Lei Maior, deste Estatuto fundamental. E mais importa numa real **limitação do poder**, conformando o seu exercício a determinadas balizas. A Constituição assume, pois, **o status de marco jurídico** a preordenar a atuação dos atores no cenário político, perseguindo, neste desenho, a garantia da liberdade do indivíduo no âmbito da comunidade social<sup>13</sup>. (Grifo nosso)

Seria assim o povo assistido por um governo que cumprisse o seu propósito de organizar uma sociedade para o pleno convívio entre os cidadãos, sem, contudo, usar deste mister e desta autoridade para suplantar o próprio propósito desta sociedade, que é promover um ambiente possível para as liberdades, fruto da intrínseca dignidade da pessoa humana.

Entendemos que o Brasil desfruta de estrutura constitucional ideológica símile à elaborada pelo constitucionalismo americano no que concerne aos direitos fundamentais e de liberdade religiosa. A Constituição brasileira tem por primazia a fonte da autoridade no povo, e todo o poder deve ser exercido de acordo com o que o povo determinou na Constituição<sup>14</sup>. Adiciona ainda a nossa Constituição que seu fundamento está na “dignidade da pessoa humana”<sup>15</sup>, justificativa que condensa a essência da finalidade da república brasileira. De maneira introdutória, Canotilho nos apresenta a conexão entre a dignidade da pessoa humana e o propósito do Estado:

Trata-se do princípio antrópico que acolhe a ideia pré-moderna e moderna da dignitas-hominis (Pico dela Mirandola) ou seja, do indivíduo confirmador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*plastes et fctor*). Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o

<sup>12</sup> *Ibidem*, p.59-60.

<sup>13</sup> CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Democracia x constitucionalismo: um navio à deriva*. Cadernos de pós-graduação em direito: estudos e documentos de trabalho / comissão de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 1, 2011. São Paulo: Manole Editora, p. 15.

<sup>14</sup> Artigo 1º, §único da CRFB/88: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

<sup>15</sup> Art. 1º, §3º da CRFB de 1988: “a dignidade da pessoa humana”.

reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizacionais.<sup>16</sup>

A liberdade religiosa se posiciona neste âmbito da dignidade humana, pois é resultado da faculdade unicamente humana de determinar o significado do mundo ao redor. E como parte elementar da dignidade humana, a liberdade religiosa é limite para o Estado e ao mesmo tempo é para este um dever de sua proteção e promoção.

Compreendendo os direitos de liberdade religiosa como consequência ou desenvolvimento natural da liberdade de crença, entendemos hígida a conclusão constitucional de 1988 ao afirmar ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença”<sup>17</sup>. Inviolável também deve ser em todas as esferas julgadas necessárias para sua concretização. E o compromisso constitucional de mantê-la inviolável se concretiza com a reforço da Carta de que em meio a qualquer conflito que impossibilite a liberdade religiosa de realizar-se, mesmo que o conflito seja resultado de um mandamento legal a todos imposto, caberá encontrar “alternativa”<sup>18</sup> para que a liberdade religiosa seja preservada.

Seguirá este tópico na perspectiva em que tem a Constituição brasileira recebido os atributos para com os direitos da liberdade religiosa tal qual desenvolvidos pelo movimento constitucional moderno, que privilegia dentro da sociedade as liberdades de expressão e autodeterminação em um contexto de “comunidade constitucional inclusiva”.<sup>19</sup>

## 2.2 CONSTITUCIONALISMO E LIBERDADE RELIGIOSA

O objetivo aqui não é esgotar a investigação do universo científico que envolve o termo constitucionalismo. Buscamos somente ressaltar alguns elementos frutos do

---

<sup>16</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.225.

<sup>17</sup> Art. 5º, VI da CRFB de 1988: “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”.

<sup>18</sup> Art. 5º, VIII da CRFB de 1988: “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”.

<sup>19</sup> MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, *passim*.

constitucionalismo moderno presente nas constituições atuais que trazem para o nosso trabalho uma melhor compreensão do lugar e importância que a liberdade religiosa ocupa no nosso regime jurídico contemporâneo brasileiro e que, portanto, nos auxilia em visualizar a extensão e aplicação do direito de liberdade religiosa no Brasil, com foco na nossa Constituição.

O constitucionalismo projeta todo seu conteúdo em uma estrutura principiológica que reconhece plenamente a soberania do cidadão tanto no plano do poder espiritual, como no plano do poder temporal. Deste modo, o homem é o sacerdote de si mesmo nos assuntos religiosos, assim como também o soberano de si mesmo nos temas civis para exercer o poder político, sendo esta acomodação resultado de uma longa trajetória conflituosa no Ocidente entre os poderes religiosos e políticos.

De acordo com Canotilho, “constitucionalismo é a teoria que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social da comunidade”. Em outras palavras, de acordo com o autor, esta ideologia “representará uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”.<sup>20</sup>

Tal é a moldura com a qual as teorias e técnicas constitucionais permeiam o conteúdo das constituições para a limitação do poder, pois em geral o poder é representativo e, portanto, delegado apenas em quantidade e funções suficientes para cumprir com o propósito político de estabelecer um governo civil para coexistência social e aperfeiçoamento da plenitude humana<sup>21</sup>. A justificativa moderna para tanto é que o cidadão é plenamente responsável, e por ser responsável é soberano.<sup>22</sup>

Contudo, na concepção constitucionalista moderna somente a soberania dos assuntos civis dos cidadãos foi delegada aos representantes. A soberania espiritual ficou retida pelos mesmos, sendo determinada a partir e por cada indivíduo. Deste modo, foram colocadas limitações formais e materiais pelo povo para o exercício deste poder pelos

---

<sup>20</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.45.

<sup>21</sup> “O Estado é um dos meios pelos quais o homem realiza o seu aperfeiçoamento físico, moral e intelectual, e isso é que justifica a existência do Estado”. In: AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 37ª ed. São Paulo: Globo, 1997, p. 122.

<sup>22</sup> Esta soberania do cidadão é própria das constituições modernas, fruto do constitucionalismo moderno, sendo que a Carta brasileira também parte desta mesma compreensão, como se pode observar no parágrafo único do artigo 1º da Constituição de 1988: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

políticos delegados para servirem a sociedade na condução e manutenção para a boa coexistência entre os cidadãos.

A soberania espiritual não foi, em nenhum momento, atribuída representativamente a qualquer entidade ou governo civil. Pelo contrário, a esfera do exercício religioso foi propositalmente retirada pelos próprios cidadãos das mãos de qualquer tutela superior, tanto civil como espiritual, e ao Estado coube restringir-se de violar a soberania espiritual dos indivíduos. Neste sentido, há um muro entre o Estado e a soberania religiosa de cada pessoa, impondo um comportamento estatal que se ausente da esfera religiosa de cada cidadão.

Em concreto, o Estado passa a se abster de interferir nas crenças e religiões dos seus cidadãos e ainda age positivamente em direção à plena efetivação do exercício religioso na vida dos indivíduos.

Esta noção moderna de separação entre a esfera temporal e a espiritual possui relação com o movimento da Reforma protestante<sup>23</sup> e com suas consequências históricas como a Confissão de Augsburgo, que posteriormente se consubstanciou no acordo estabelecido na Paz de Augsburgo, e nos Tratados de Westfália, por meio do princípio *hujus régio, ejus religio* – na região deles, a religião deles<sup>24</sup>. Este princípio estabelecia os primórdios do Estado moderno soberano<sup>25</sup> e também do que se tornaria a soberania de cada cidadão sobre suas escolhas religiosas. Uma caminhada longa que seria completada nas Treze Colônias da América do Norte em uma horizontalização dessa soberania religiosa para os próprios indivíduos, agora cidadãos<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Jorge Miranda ao relatar dos aspetos que conduziram ao constitucionalismo moderno ressalta sobre a quebra da unidade da cristandade e da Reforma: “um lugar de especial relevo deve ser conferido à conquista da liberdade religiosa”. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. tomo 4. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 20.

<sup>24</sup> “Denominam-se ‘Tratados de Westfália’ ou ‘Paz de Westfália’ os tratados que encerram duas guerras religiosas entre católicos e protestantes... Por meio deles, consagrou-se a regra *hujus regio, ejus religio*, ou seja, ‘na região deles, a religião deles’, o que implicou, para os Estados, o mútuo reconhecimento da soberania no território nacional e igualdade no plano internacional”. RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. Barueri: Manole, 2013, p. 97.

<sup>25</sup> “Os tratados de paz de Westfália tiveram o caráter de documentação da existência de um novo tipo de Estado, com a característica básica de unidade territorial dotada de um poder soberano. Era já o Estado Moderno, cujas marcas fundamentais, desenvolvidas espontaneamente, foram-se tornando mais nítidas com o passar do tempo e à medida que, claramente apontadas por teóricos, tiveram sua definição e preservação convertidas em objetivos do próprio Estado. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 77. Canotilho, ao se referir à origem do Estado moderno, dirá que surgiu em seus elementos essenciais com as Paz de Westfália (1648). CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.90.

<sup>26</sup> A Paz de Augsburgo é um importante precedente histórico e jurídico para a evolução do conceito de soberania religiosa do indivíduo. Adicionamos ainda que a soberania dos príncipes estabelecida com a Paz de Westfália ao final das Guerras de Religião, cooperou também em cristalizar o princípio *cuius regio, eius religio*. “Mas, se a Idade Média embasava-se no poder divino para concretizar a aglutinação humana, a partir do

Alexander Hamilton, um dos fundadores da Federação Americana e constitucionalista, deixa claro, em O Federalista, sua percepção de que as liberdades individuais, incluindo a religiosa, deviam estar completamente fora do alcance do poder dos representantes do governo civil. Hamilton, a princípio, resistiu em inscrever na futura Constituição Americana um *Bill of Rights* versando sobre as liberdades individuais, pois temia que esta inclusão pudesse dar a entender aos representantes políticos, de maneira perigosa, que eles teriam pretexto para dizer que tais liberdades estariam, de alguma maneira, sob a ingerência e arbítrio deles.<sup>27</sup>

Neste diapasão, as constituições tornaram-se a materialização dos regimes e formas de governos que respeitam, no caso, as liberdades espirituais de uma população soberana e igual entre si, dentro da concepção de igualdade judaico-cristã. Nesta concepção, a crença religiosa deve ser fruto tão somente do convencimento e da argumentação livre e jamais da força e coerção estatal. Não cabe, portanto, ao Estado fazer uso dos instrumentos de força delegado a ele para dar soluções de boa coexistência social, na condução dos cidadãos em suas crenças e práticas religiosas.

O constitucionalismo moderno é compreendido a partir das revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII<sup>28</sup> e marcado por dois aspectos constantes: “a organização do Estado e

---

Renascimento a situação religiosa vivida pelo homem torna-se problemática, caracterizada pela profunda crise das organizações medievais, da Igreja e do Império. Isso porque, em razão das guerras religiosas, encontra-se abalada a estrutura da organização social tradicional fincada em uma cosmovisão política que se confundia com a unidade religiosa, ou seja, aquela em que há uma quase que total coincidência entre a unidade espiritual e política”. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. *Liberdade de Reunião*. 1999. 428 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999, p.20. Ainda, “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 súditos. O princípio foi definido mais tarde como ‘cuius regio, eius religio’”. TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *A liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro*. 2010. 282f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 19.

<sup>27</sup> The federalist papers: Selected and edited by Roy P. Fairfield, Second Edition. 1981, (3a impressão 1989), p.263. “I go further, and affirm that bill of rights, in the sense and to the extent in which they are contended for, are not only unnecessary in the proposed constitution, but would even be dangerous. They would contain various exceptions to powers not granted; and, on this very account, would afford a colorable pretext to claim more than were granted for why declare that things shall not be done which there is no power to do?”

<sup>28</sup> AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. O constitucionalismo. In: FRANCISCO, José Carlos. *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do positivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 6.

[a] limitação do poder estatal, por meio da previsão de direitos e garantias fundamentais”<sup>29</sup>.  
 “Em suma, é uma técnica da liberdade contra o poder arbitrário”<sup>30</sup>, ou ainda:

Constitucionalismo é a técnica da liberdade, isto é, a técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar. Se as técnicas variam de acordo com a época e as tradições de cada país, o ideal das liberdades do cidadão continua sendo sempre o fim último; é em função deste que se preordenam e organizam as técnicas<sup>31</sup>.

Sendo o direito de liberdade religiosa como um direito fundamental, fica o Estado limitado em agir contrariamente a fruição desta liberdade.

### 2.3 CONSTITUCIONALISMO E LAICIDADE

O constitucionalismo traz, em seu bojo, a ciência tanto dos limites ao poder como das justificativas para se impor tais limites. Além disso, ocupa-se em demonstrar que as limitações autoimpostas são restrições boas, não somente para a geração que as impõem para si própria, mas também para aquelas que, ainda ausentes do processo constitucional ocorrido, seguem a geração originária nas restrições dadas e tornam-se beneficiadas pelo conteúdo restritivo imposto pela constituição a todo e qualquer poder representante da vontade popular, assim como à própria vontade popular<sup>32</sup>.

A laicidade é parte indissociável desta moldura constitucionalista que busca limitar para libertar, apresentando justamente o princípio que preconiza os limites entre duas realidades e necessidades observadas no ser humano, em todas as épocas: a norma e a fé. “A relação entre o temporal e espiritual, entre norma e fé, não é relação de contraposição, e sim

<sup>29</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1. Pontua ainda o mesmo autor em respeito aos direitos humanos fundamentais e constitucionalismo que “essas ideias encontravam um ponto fundamental em comum, a necessidade de limitação e controle dos abusos do poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas, e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo”. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.1.

<sup>30</sup> MATTEUCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Editorial Trotta, 1998, p.24.

<sup>31</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 13. ed. Trad. Carmen C. Varrialle, et. al. Coord. trad. João Ferreira. Rev. geral João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: UnB, 2007, v. 1, p.247-248.

<sup>32</sup> ELSTER, John. Introduction. In: ELSTER, John; SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, pp. 1-17.

de autonomia recíproca entre dois momentos distintos do pensamento e da atividade humana”<sup>33</sup>.

A laicidade<sup>34</sup> é de extrema relevância para o Estado Moderno, pois é a noção do espiritual e o temporal se postarem em esferas necessariamente distintas. É esta concepção que torna possível acolher e aceitar a diferença, a pluralidade e a diversidade étnica, cultural, política e religiosa<sup>35</sup> presente na democracia que possuímos hoje, e que advém da noção de liberdade e de que cada indivíduo é soberano sobre si mesmo espiritualmente.

Poderíamos dizer, ainda, que a conquista constitucional na política do Mundo Ocidental catalisa, de modo poderoso, o significado da modernização que o ocidente passou no campo político, distinguindo-o determinantemente das outras civilizações. O indivíduo nasce livre. Esta liberdade almeja não sofrer constrangimento de sua autonomia para definir-se espiritualmente.

Nas palavras do constitucionalista Jorge Miranda, ao mencionar características próprias do Estado Moderno de tipo europeu, temos a elucidação sobre a conquista de compreensão obtida de laicidade, diferença e distinção do espiritual e temporal no Estado moderno:

Secularização ou laicidade: porque – por influxo do Cristianismo e ao contrário do que sucede com o Estado Islâmico – temporal e espiritual se afirmam esferas distintas e a comunidade política já não tem por base a religião, o poder político não prossegue fins religiosos e os sacerdotes deixam de ser agentes do seu exercício.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 13. ed. Trad. Carmen C. Varrialle, et. al. Coord. trad. João Ferreira. Rev. geral João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: UnB, 2007, v. 1, p.674.

<sup>34</sup> LEWIS, Bernard. The roots of muslim rage. *The Atlantic(monthly)*, Sep. 1990, p.47. “If the idea that religion and politics should be separated is relatively new, dating back a mere three hundred years, the idea that they are distinct dates back almost to the beginnings of Christianity. Christians are enjoined in their Scriptures to ‘render... unto Caesar’s and unto God the things which are God’s’. While opinions have differed as to the real meaning of this phrase, it has generally been interpreted as legitimizing a situation in which two institutions exist side by side, each with its own laws and chain of authority – one concerned with religion, called Church, the other concerned with politics, called State”.

<sup>35</sup> ADRIAN, Melanie. Freedom of religion: a change in perspective? In: DIGIACOMO, Gordon (ed.). *Human Rights-current issues and controversies*. Toronto: University of Toronto Press, 2016, p.333-334: “Ensuring a diversity of thoughts and ideas, it was held, would lead to pluralism. The idea of pluralism remains a key factor in the debate around human rights generally and religious liberty specifically. In simplistic terms, pluralism – the existence of a diversity of ethnic, cultural, political, or religious groups – is an important strengthening agent of democracy”.

<sup>36</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 8.ed, tomo 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 68.

A mudança ocorrida no Ocidente, alterando a relação entre poder temporal e espiritual, foi de importância inigualável para a possibilidade do fluxo permanente de descobrimentos, mudanças e atualização das ideias e tecnologias. A vigência de um sistema que permitiu a diversidade e a existência do debate entre posições distintas sem a repressão ou perseguição do discordante ou dissidente, com base em algum ente monopolizador do pensamento, proporcionou o ambiente ideal para o fluxo de informação e o confronto de ideias<sup>37</sup>.

É neste sentido que a primeira emenda da Constituição Americana expõe o princípio da laicidade, estabelecendo que o Congresso não poderia estabelecer uma religião ou proibir o seu livre exercício, respectivamente, o *establishment clause* e o *free exercise clause*. Mais tarde, o presidente Thomas Jefferson condensaria esses dois elementos na famosa expressão “muro de separação entre Igreja e Estado”.

E as boas consequências na escolha principiológica estatal em não se confundir com a função espiritual estão em inteira harmonia com o melhor desempenho das liberdades religiosas, como bem aponta Tatiana Robles Seferjan:

Neste ponto, é fundamental lembrar que a laicidade do Estado trata-se de mais uma forma de garantir a liberdade religiosa dos cidadãos. Afinal, o Estado que não adota uma religião não discrimina nem privilegia nenhum tipo de crença, garantindo uma igualdade de tratamento a todos os cidadãos que creiam em qualquer tipo de religião. A laicidade estatal deve ser o instrumento de garantia da liberdade religiosa dos cidadãos e nunca uma forma de proscriver a religião da vida das pessoas<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> A civilização islâmica gozou de grande apogeu no mundo nos primeiros séculos de conquistas e administração das áreas conquistadas, chegando a ser, com a cultura chinesa, as mais proeminentes, estando a civilização cristã sob mera sombra do desenvolvimento das mesmas. Muito se diz (Bernard Lewis) a respeito dos motivos que promoveram a ascensão e queda da civilização islâmica, entre o de principal importância a liberdade - ainda que tolerada - de pensamento e religião permitidas pelos Califados e que geraram simultaneamente os períodos de maiores índices de crescimento econômico e florescimento da cultura, arte e ciência islâmica. A professora e pesquisadora da USP, Anita Novinsky, sobre o tema detalha que “quando os árabes conquistaram a Espanha em 711, introduziram uma nova organização social baseada na tolerância e na convivência, trazendo consigo uma mentalidade e um estilo de vida totalmente diferentes dos observados nos cristãos presentes na área até então. Os árabes transformaram a Península Ibérica na região mais avançada da Europa. Comparada à Espanha dos árabes, a Europa além-Pirineus podia ser considerada bárbara”. Além disso, “os judeus tinham plena liberdade de exercer sua religião” (NOVINSKY, Anita, et. al. *Os judeus que construíram o Brasil: fontes inéditas para uma nova visão da história*. 2ª ed. São Paulo: Editora Planeta, 2015, pp. 23, 24).

<sup>38</sup> SEFERJAN, Tatiane Robles. *Liberdade religiosa e laicidade do Estado na Constituição de 1988*. 2012. 162f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 84.

Temos assim, os parâmetros para um Estado laico, que se distancia da ideia de laicismo, como repulsa ao fenômeno religioso. O Estado laico prima pela neutralidade diante da religião.

#### 2.4 CONSTITUCIONALISMO E O DILEMA CONTRAMAJORITÁRIO

O constitucionalismo nos proporciona ainda a reflexão do se chama de dilema contramajoritário e que para este trabalho auxilia na compreensão de um modo saudável de como a liberdade religiosa deve ser entendida na ordem jurídica brasileira. O dilema contramajoritário se dá quando a vontade de uma maioria circunstancial ou permanente de uma sociedade se choca com os direitos fundamentais (contramajoritários) que compõem a mesma.

Democracia e direitos fundamentais são os “polos” que alimentam o chamado dilema, que na verdade é muito menos conflito e mais simbiose necessária para existência da liberdade. Neste sentido, entende Alexandre de Moraes:

Na visão ocidental de democracia, governo pelo povo e limitação de poder estão indissolivelmente combinados. O povo escolhe seus representantes, que, agindo como mandatários, decidem os destinos da nação. O poder delegado pelo povo a seus representantes, porém, não é absoluto, conhecendo várias limitações, inclusive com a previsão de direitos humanos fundamentais, do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado.<sup>39</sup>

Sendo o direito à liberdade religiosa um direito fundamental, é importante ressaltar que o aspecto majoritário ou democrático da sociedade deve ser restringido sabiamente sempre que o elemento democrático tentar ultrapassar o direito fundamental de crença. Tal foi a concepção que o constitucionalismo projetou neste âmbito. Lembramos aqui a famosa Primeira Emenda Americana, que invoca a proteção fundamental sobre qualquer partidário de uma crença ou religião para que não seja tolhido por conta de uma imposição direta estatal ou pela impossibilidade do livre exercício da crença ou religião em seu dia a dia.

---

<sup>39</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 2.

Que o elemento democrático deva ser restringido em seus ímpetos contra os direitos fundamentais, esta é uma conclusão há muito compreendida. Contudo, para que esta conclusão permaneça válida mesmo durante momentos turbulentos que a democracia e a Constituição enfrentam é preciso reforçar a pergunta: qual é o benefício para a maioria em se restringir e ainda proporcionar que sejam mantidos os direitos de grupos (em geral) religiosos minoritários de expressarem suas crenças?

A resposta é simples: porque a própria democracia acarreta sobre si mesma indizível prosperidade com o resultado da diversidade e pluralidade fruto da liberdade.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, já há muito tempo, ensina sobre o tema ao discorrer a respeito dos princípios liberal e democrático afirmando que, “histórica e logicamente, princípio democrático e princípio liberal são distintos” e que “nem sempre se interligaram”.<sup>40</sup> O autor leciona que ao princípio democrático identifica-se a atribuição de poder, e ao princípio liberal a limitação do poder<sup>41</sup>. Continua a explanação com as seguintes perguntas: “até onde deve ir a atuação do governo? Até onde hão de estender-se os seus poderes?”<sup>42</sup>

Menezes de Almeida, em diálogo com esta passagem do professor Ferreira Filho, nos responde que a democracia liberal no mundo moderno, em seu viés de limitação, “nasceu para atender os anseios ao mesmo tempo de liberdades dos indivíduos e da mudança no regime de atribuição do poder estatal”<sup>43</sup>.

Laurence Tribe apresenta de modo inquisidor a questão do paradoxo entre democracia e constitucionalismo a partir da legitimidade de se conter decisões majoritárias de um povo com base em um documento constitucional estabelecido como superior aos demais e suficiente para tornar inválida qualquer decisão da maioria com base nas restrições dispostas em seu conteúdo. A propósito, o que justifica estas limitações para com gerações futuras que nem sequer participaram das decisões concernentes à referida Constituição?

---

<sup>40</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Reconstrução da Democracia*. São Paulo: Saraiva, 1979, p.34. Continua o autor no mesmo parágrafo da obra aqui citada: “a democracia helênica era ‘democrática’, entretanto não era ‘liberal’, não limitava os poderes do governo, não colocava certos interesses fora do seu alcance. E nada os obriga a permanecerem juntos, seja na doutrina, seja na prática, do que jaz fé o jacobismo, democrático mas antiliberal no seu todo, contrário a qualquer limitação ao poder democrático.”

<sup>41</sup> MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. *Liberdade de Reunião*. 1999. 428 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999, p. 303. Menezes de Almeida reforça que o princípio de limitação do poder se dá “com a garantia de liberdades dos indivíduos em face da ação do governo”.

<sup>42</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, *op. cit.*, p.33.

<sup>43</sup> MENEZES DE ALMEIDA, Fernando, *op. cit.*, p. 303.

Ainda, porque um povo politicamente soberano permite que suas próprias escolhas futuras sejam tolhidas do processo democrático?<sup>44</sup>

É neste ponto que o constitucionalista de Harvard apresenta um exemplo interessante que o incomodou por anos e serviu em suas reflexões como ponto de partida para respostas sobre a legitimidade de conter a política majoritária, a partir das famosas palavras iniciais do preâmbulo da Constituição Americana: “We the People”.

Tribe relata um famoso experimento comportamental realizado com pombos que buscava analisar como estes animais respondiam quando postos a controlar os seus impulsos diante de dois mecanismos que ofereciam uma recompensa pequena, mas imediata, ou maior, mas demorada. Analisava-se como estes pombos reagiriam quando colocados em condição de aprender a respeito destes resultados previamente<sup>45</sup>. Relata-se que, inicialmente, cerca de 95% dos pombos expostos a ambos mecanismos de recompensa buscavam satisfazer seus impulsos da maneira mais imediata possível, ainda que a recompensa em comida fosse menor. Contudo, impressionante é o fato de que depois de serem submetidos ao teste com presença exclusiva do mecanismo que oferecia a opção mais demorada (sendo propositalmente removido o mecanismo que oferecia menos comida em um tempo mais rápido), mas que oferecia recompensa maior de comida, cerca de 30% dos pombos passou a escolher a recompensa maior, ainda que esta levasse mais tempo de espera.<sup>46</sup>

O experimento então concluiu que até mesmo os pombos podem aprender a restringir impulsos momentâneos em prol de um melhor resultado no futuro, se forem criadas maneiras de dificultar e prevenir o impulso de se satisfazer por pressões circunstanciais. Tribe, guardadas as devidas proporções, analisa a justificativa da criação de “mecanismos

---

<sup>44</sup> TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3a. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000, p.20: “In its most basic form, the question in such cases is why a nation that, in the view of many, associates legality with representative government would choose initially, and continue to choose, to constitute its political life in terms of commitments to an originating agreement—made to be treated by the people as binding on their children, and deliberately structured to be difficult to change. This is the question that the Constitution supposes has already been answered. Since this question would arise even without the institution of judicial review, its answer must be sought at a level more fundamental than is customary in discussions of why judges, appointed for life, should wield great power. For even without such judges, it must be stressed, lawmakers and administrators sworn to uphold the Constitution must from time to time ask themselves, if they take their oaths seriously, why its message—a message that by hypothesis they might regard as deeply flawed morally or politically—should be heeded over the voices of their constituents”.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p 22.

<sup>46</sup> O experimento com pombos citado por Tribe foi realizado por G. W. Ainslie da universidade de Harvard no ano de 1974, sendo publicado no *Journal of the Experimental Analysis of Behavior*. Disponível em: < [http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1901/jeab.1974.21-485/epdf?r3\\_referer=wol&tracking\\_action=preview\\_click&show\\_checkout=1&purchase\\_referrer=www.google.com.br&purchase\\_site\\_license=LICENSE\\_EXPIRED](http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1901/jeab.1974.21-485/epdf?r3_referer=wol&tracking_action=preview_click&show_checkout=1&purchase_referrer=www.google.com.br&purchase_site_license=LICENSE_EXPIRED)>. Acesso em: 20 jul. 2017.

para aplicar os acordos constitucionais cuidadosamente estabelecidos a fim de se afastarem das pressões passageiras”.<sup>47</sup>

Podemos citar também o mito de Ulisses e as Sirenes como outro exemplo muito conhecido e utilizado para ilustrar a limitação consciente de si mesmo frente a intenção de obter resultado ampliador de liberdades no futuro. Homero relata que Ulisses ordena a seus homens que o atem ao mastro da embarcação para que não venha sucumbir ao canto das Sirenes e ordena também que o amarrem ainda mais forte caso ele peça e implore para ser solto das cordas, a fim de que ele, Ulisses, não consiga satisfazer a sua vontade imediata e morra por causa disso<sup>48</sup>.

Não há democracia sem algum tipo de constrição imposta a si mesma que seja possível prosperar. Mesmo na Antiga Atenas de democracia direta haviam restrições aceitas pelos cidadãos que buscavam conter o pleito majoritário, por meio das instituições dos *nomothetai* e *grafe paranomon*. Estas correspondiam, respectivamente, aos cidadãos previamente escolhidos que eram responsáveis pelo assentimento positivo ou negativo das leis dadas na Assembleia, e às penas impostas àqueles que tivessem tentado ou feito passar lei ilegal pela Assembleia.<sup>49</sup>

A ideia básica entre o sistema democrático ateniense e o constitucionalismo se faz de imediata identificação: limitação majoritária. Constitucionalismo pode ser definido por limites impostos sobre a maioria, limites impostos para e por ela mesma.<sup>50</sup> E a razão para tais restrições na democracia constitucional é o povo. É o povo, como maioria, que é beneficiado.<sup>51</sup> Aliás, a título de exemplo, não seria possível a existência de qualquer regime

<sup>47</sup> TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3a. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000, p.22. Tradução nossa. No original: “(...) so it may be necessary to create mechanisms for enforcing constitutional agreements in a setting carefully insulated from momentary pressures”.

<sup>48</sup> HOMERO. *Odisséia*. Trad. Manuel Odorico Mendes. 3ed. São Paulo: Edusp, 2000, livro XII, linhas 115 a 125.

<sup>49</sup> MACDOWELL, D. M. (1978) *apud* ELSTER, John; SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993, p.2. “The direct form of democracy practiced in classical Athens had self-imposed constraints which correspond to the spirit of constitutionalism. New legislation was subject to control by the *nomothetai*, a group of individuals chosen by the Assembly with the authority to approve or reject laws passed by the assembly. Another institution with similar purpose was the *grafe paranomon*, whereby an individual might be punished for having proposed an illegal law in the Assembly, even if it had already been passed”.

<sup>50</sup> ELSTER, John, *op. cit.*, p.2.

<sup>51</sup> HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and democracy*. Cambridge New York: Cambridge University Press, 1988, p.231. “Decisions are made on the basis of predecisions. When they enter the voting-booth, voters decide who shall be president, but not how many presidents there shall be. Fixed-calendar elections deny discretion to both public officials and popular majorities on a very important question”.

democrático com a regra “a maioria decide” se esta regra já não tivesse sido previamente acordada.<sup>52</sup>

Temos uma realidade na democracia constitucional na qual ambos os elementos, majoritários e contramajoritários, são conjugados em benefício do povo, o qual “sem atar suas próprias mãos, o povo não terá nenhuma mão”.<sup>53</sup> É bem verdade que democracia e constitucionalismo são termos paradoxais em muitos aspectos, porém, apesar de serem paradoxais, não são contraditórios e se completam necessariamente. O aspecto paradoxal aqui está voltado para seu resultado positivo e surpreendente relativo aos benefícios que esta combinação promove.

Esse elemento de sobrevivência da democracia é que torna o constitucionalismo diferente em sua finalidade de outros sistemas democráticos com restrições. Stephen Holmes elabora, de forma sucinta, este propósito ao apresentar os objetivos dos Fundadores e elaboradores da Constituição americana: “Os Fundadores lutaram para criar um governo que não fosse somente popular, mas um governo popular que (ao contrário das repúblicas gregas) pudesse durar”.<sup>54</sup>

Assim, um governo que tenha a pretensão de prolongar-se com proteção e respeito à pluralidade e diversidade de pensamento depende de que seus cidadãos não apenas sejam livres, mas que não se ponham a si mesmos ou a gerações seguintes em condição contrária, condição esta de autodestruição. As restrições constitucionais são validadas sempre que coincidirem com esta manutenção da liberdade.

A manutenção da liberdade passa necessariamente pelo respeito ao processo de convencimento, que só será pleno quando assentido pelo próprio indivíduo racionalmente convencido. O direito ao dissenso e ao livre convencimento integram de modo permanente a personalidade do Ocidente.

O convencimento racional, e não à força, passa a ser o único meio pelo qual a busca e dispersão das ideias podem se dar. E é exatamente aqui que está uma das mais ou a mais

---

<sup>52</sup> Ibidem, p. 220.

<sup>53</sup> HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and democracy*. Cambridge New York: Cambridge University Press, 1988, p. 226: “There is a paradox but no contradiction here. Theorists who recognize the paradox, such as Madison, also embraced it”.

<sup>54</sup> *Idem*.

importante contribuição do constitucionalismo, quanto ao que valida e dá finalidade às restrições autoimpostas por um povo a si mesmo.

A finalidade do constitucionalismo é impedir imposição da unidade de pensamento e, por outro lado, promover meios de convencimento no debate, produzindo um sistema que gera permanentemente a capacidade de um povo aprender e corrigir-se. Os pombos citados por Laurence Tribe, quando restringidos e obrigados a esperar pela recompensa, aprenderam nova opção mais vantajosa que aquela obtida no calor do impulso e de maneira imediata.

Já os humanos, diferentemente dos demais animais, por livre escolha restringem-se a si mesmos e a suas maiorias para permitir que o “livre fluxo de informação, a liberdade de reunião e assembleia, e o acesso político das minorias a atividades (*i.e.*, ‘como impugnação de leis indesejadas’)” garantam a existência de uma maioria que continue a aprender com os que são diferentes.<sup>55</sup> Quando se aprende, há possibilidade de mudanças e de inovação, crescendo as chances reais de uma sociedade democrática poder perdurar e permanecer diversa e plural. Com respeito, a diferença passa a ser possível e as chances de continuidade no tempo deste Estado, muito maiores.

É nesta perspectiva que segue a afirmativa de Norberto Bobbio de que não há democracia sem respeito a tais limitações, não só necessárias, mas imprescindíveis. No próprio esclarecimento de Bobbio:

Disto segue que o Estado liberal é o pressuposto não só histórico, mas jurídico do Estado democrático. Estado liberal e Estado democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais.<sup>56</sup>

Neste mesmo sentido leciona Ferreira Filho de que

em verdade, na era moderna, o princípio liberal veio antes do princípio democrático (...). É meramente como ancilar que nesse quadro aparece o princípio democrático. A democracia liberal é em primeiro lugar liberal e para trazer para a liberdade mais uma garantia é que se faz democracia.<sup>57</sup>

---

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 240.

<sup>56</sup> BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio de Oliveira. 10ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 32, 33.

<sup>57</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Reconstrução da Democracia*. São Paulo: Saraiva, 1979, p.34-35.

A garantia do direito de livre crer e pensar, expressar e debater na democracia é necessária para a sua existência. Por meio da reflexão do estudo com os pombos de Tribe e do mito grego de Ulisses e as Sirenes, o cidadão hoje vive sob a escolha do que quer para o seu futuro como povo e Estado. Os limites são aceitos e postos pelo próprio povo. Anular o debate e o dissenso é impedir que o erro seja percebido e corrigido, é excluir a inovação e superação em busca de soluções do meio de uma sociedade.

Em reforço, há uma escolha permanente a ser feita em um Estado constitucional democrático. Locke e Kant, por exemplo, endossaram regras constitucionais que permitissem que as liberdades de raciocínio e pensamento, em seus vários gêneros, não fossem tolhidas na cooperação do aprendizado público<sup>58</sup>. No mais,

nossa humanidade é mais sentida na nossa capacidade de escolher, habilidade não apenas de decidir mas também de desfazer decisões erradas do passado e fazê-las de novo (...). A democracia constitucional é o sistema político mais ‘humano’ pois ele esforça-se na habilidade dos indivíduos e comunidades de reconhecerem seus próprios erros.<sup>59</sup> (Tradução nossa)

E aqui está um dos objetivos deste trabalho ou o mais importante. Se este estudo lograr algum sucesso, será principalmente pelo reforço à ideia de que não podemos, como sociedade, subtrairmos da contribuição advinda da livre expressão do pensamento, ideias, religiões e crenças de cada indivíduo. Não podemos retirar de nós mesmos a oportunidade de ouvir e dialogar com os que são diferentes de nós. Felizmente – ou infelizmente - a liberdade é provadamente a melhor maneira que nos resta para conviver e prosperar como indivíduos e sociedade.

Insistir na liberdade em nossos sistemas jurídicos não é fruto de uma concessão gratuita provinda de espíritos generosos e tolerantes, mas de indivíduos e cidadãos conscientes de que sem esta qualidade não sobreviveremos. É apenas uma questão de tempo.

---

<sup>58</sup> HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and democracy*. Cambridge New York: Cambridge University Press, 1988, p. 240.

<sup>59</sup> Idem. No original: “Our humanity is best located in our capacity for choice, our ability not merely to decide but also to undo unsatisfactory past decisions and decide again. A cleverly designed constitution can create a regime which is roughly adequate to precommitment to certain procedural rules (guaranteeing, for example, the continuing right of unpunished dissent) makes public learning possible...Constitutional democracy is the most “humane” political system because it thrives on the ability of individuals and communities to recognize their own mistakes”.

Deste princípio fundamental é que vem o ar que mantém o Estado constitucional democrático vivo.

### 3 A LIBERDADE RELIGIOSA

A liberdade religiosa, por si só, já seria assunto suficiente para preencher inúmeros trabalhos sem faltar conteúdo relevante para cada um deles. Não temos a pretensão, portanto, de esgotar a profundidade dos conceitos e projeções possíveis deste importante tema. Temos, sim, a intenção de apresentar a liberdade religiosa em seu papel e função que ocupa em nossa Constituição e leis brasileiras. Para tanto, é mister recuperarmos o sentido e significado construído em torno deste princípio desde momentos referentes à criação do Estado moderno, que logrou a nós, brasileiros, tão saudavelmente inscrever entre os direitos e garantias do texto constitucional o reconhecimento de que a cada cidadão é “inviolável a liberdade de consciência e de crença”<sup>60</sup>.

Se o constitucionalismo tratado anteriormente neste trabalho pode ser considerado como um instrumento técnico por meio do qual as regras para manutenção da liberdade tal como a conhecemos hoje são estabelecidas, é no princípio da liberdade religiosa que temos um dos motores, senão o principal deles – inviolabilidade da liberdade individual de pensamento e sua expressão - que moveu toda a justificativa para a existência de um modelo de Estado orientado para o exercício da liberdade de seus cidadãos. Além deste aspecto, na liberdade religiosa identificamos também os elementos que permitem manter este sistema de liberdade em funcionamento e existindo na continuidade do tempo.

Reforçar neste estudo o significado destes componentes colocados em nossas constituições modernas nos proporciona não só a apreciação da importância do princípio da liberdade religiosa, mas também melhor domínio de seu uso e do seu significado. Enquanto juristas, prezamos pela manutenção da higidez jurídica das liberdades individuais de nossa sociedade, liberdades que em muito tributam a sua existência à liberdade religiosa<sup>61</sup>.

---

<sup>60</sup> Artigo 5º, inciso VI da Constituição brasileira de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

<sup>61</sup> “Valendo referir que a origem dos direitos fundamentais remonta a resistência dos povos contra governos opressores e que a evolução histórica de tais direitos coincide, em seus pontos essenciais, com a criação e evolução do Estado, com o advento do constitucionalismo moderno e, como consequência, com o próprio advento dos Estados liberais. Não sendo poucos os autores que defendem que, dentro do rol dos direitos fundamentais, aquele que originou todos os demais, ou seja, aquele que está na raiz das pretensões individuais no sentido da limitação do poder e da consagração de uma esfera jurídica individual livre de ingerências do soberano é justamente o direito à liberdade de religião.” PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. *A separação Estado-Igreja e a tutela dos direitos fundamentais de liberdade religiosa no Brasil*. 2007. 320f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 10 - 11.

Na contributiva compreensão de Jónatas Machado há pertinente resumo técnico do contexto que a liberdade religiosa ocupa em nosso sistema constitucional moderno. Didáticas para este momento são as palavras do professor português em lembrar o lugar jurídico que a liberdade religiosa está quanto ao seu significado constitucional, assim como sua singularidade para a liberdade individual e sua imprescindibilidade na contribuição de uma sociedade aberta, plural e inclusiva:

O direito à liberdade religiosa visa proteger o *fórum internum*, precludindo a sujeição das opções de fé a quaisquer pressões, directas ou indirectas, explícitas ou implícitas. Ele cria uma esfera jurídico-subjectiva em torno do indivíduo, cujo perímetro os poderes públicos e as entidades privadas devem respeitar. É dentro dessa esfera que o indivíduo exerce a sua liberdade de crença, no pressuposto de que as opções tomadas neste domínio dizem respeito à *essência íntima e pessoal do homem*. Temos aqui, verdadeiramente, uma posição jurídica de conteúdo definitivo (Alexy). Isso significa, no contexto de uma sociedade aberta e pluralista, que estamos perante uma liberdade no sentido jurídico do termo, ou seja, perante um conceito democrático de liberdade negativa, cujo objeto constitui um conjunto indefinido de possibilidades e alternativas de comportamento.<sup>62</sup>

Já no que diz respeito a correlações históricas da liberdade religiosa nos tempos modernos, Norberto Bobbio em *A Era dos Direitos* reforça categoricamente a lembrança histórica da influência da liberdade religiosa nos demais direitos fundamentais, elucidando a causa e a consequência do seu desdobramento na criação do Estado moderno comprometido com a manutenção permanente da liberdade humana. Suas palavras são esclarecedoras:

No plano histórico, sustento que a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade, segundo a qual, para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos. A inversão de perspectiva, que a partir de então se torna irreversível, é provocada, no início da era moderna, principalmente pelas guerras de religião, através das quais se vai afirmando o direito de resistência à opressão, o qual pressupõe um direito ainda mais substancial e originário, o direito do indivíduo a não

---

<sup>62</sup> MACHADO, Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 220.

ser oprimido, ou seja, a gozar de algumas liberdades fundamentais: fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem do beneplácito do soberano (entre as quais, em primeiro lugar a liberdade religiosa).<sup>63</sup>

A abordagem de Bobbio é direta e didática ao ressaltar a importância da liberdade religiosa e da contribuição das questões religiosas no aparecimento do Estado moderno. Conhecer e reconhecer esta importância está no propósito deste tópico, tendo em vista que é neste contexto de significado que a liberdade religiosa foi inserida em nossa legislação.<sup>64</sup>

Georg Jellinek, famoso publicista, enquanto buscava descrever o Estado sob sua classificação histórica de tipos fundamentais de Estados, analisou as origens daquele, identificando os elementos da conquista da intimidade religiosa contra a ingerência estatal como caracteres que estabeleceram os limites do *imperium*, criando novas relações, modernas, entre Estado e indivíduo.

Igualmente, a luta secular entre o Estado e a Igreja trouxe como resultado a convicção geral, e dominante hoje em todos os Estados cultos, de que o poder do Estado, quando se trata das crenças religiosas de seus membros, encontra seu limite irrefutável netas mesmas crenças. A teoria jurídica de um Estado, sem restrição alguma serviu como a arma que energicamente se levantou para conter as pretensões da Igreja, as quais consistiam em

<sup>63</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.4. Outros autores inclinam-se a depositar peso maior na Revolução Francesa como o momento(s) histórico(s) em que teria ocorrido a inversão histórica a qual Bobbio se refere. Neste sentido, Paulo Bonavides destaca: “Escreveram os ingleses a Magna Carta, o *Bill of Rights*, o *Instrument of Government*; os americanos, as Cartas coloniais e o Pacto federativo da Filadélfia, mas só os franceses, ao lavrarem a Declaração Universal dos Direitos do Homem, procederam como havia procedido o apóstolo Paulo com o Cristianismo. Dilataram as fronteiras da nova fé política. De tal sorte que o Governo livre deixava de ser a prerrogativa de uma raça ou etnia para ser o apanágio de cada ente humano; em Roma, universalizou-se uma religião; em Paris, uma ideologia. O homem-cidadão sucedia ao homem-súdito”. BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado de social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 30. Ainda, também há posição como a de José Afonso da Silva que entende que o Estado Liberal foi fruto de uma corrente da filosofia humanitária “obra do pensamento político, moral e social de todo o século XVIII”. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 159. Neste trabalho, damos plena consideração para com todo o desenvolvimento histórico das ideias ocorridas para contribuição e aprimoramento dos princípios das liberdades fundamentais, contudo entendemos que os direitos, como postulados na história ocidental moderna, obtiveram nas Reformas religiosas um ideário singular baseado na liberdade de pensamento e consciência que ressignificaram toda a paisagem das liberdades fundamentais daquele momento em diante, tal como postulou G. Jellinek: “a ideia de consagrar legislativamente os direitos inalienáveis e invioláveis, os direitos naturais do indivíduo, não é uma ideia de origem política, mas, sim, uma ideia de origem religiosa”. JELLINEK, Georg. *A declaração dos direitos do homem e do cidadão: contribuição para a história do direito constitucional moderno*. Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. Coleção Clássicos do Direito, v. 2. São Paulo: Atlas, 2015, p. 88.

<sup>64</sup> Machado é categórico ao afirmar que a quebra do discurso teológico medieval e o surgimento da liberdade religiosa estão diretamente conectados com a Reforma Protestante, que aliás irá promover quebra na própria unidade ‘teológico-política da Cristandade, abalando a visão sobre tolerância e criando o ambiente para o constitucionalismo liberal. MACHADO, Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 53-54.

reclamar um campo de atividade independente, exterior e oposto àquele; entretanto mediante esta luta o Estado teve que se convencer de que os limites reais do *imperium* radicam na intimidade religiosa dos indivíduos. Esta convicção engendrada pelas oposições que criaram a Reforma tem desempenhado um importante papel na determinação das modernas relações entre o Estado e o indivíduo.<sup>65</sup> (Tradução nossa)

Estas relações modernas seriam resultado de uma luta secular entre a Igreja e o Estado que acabou produzindo uma convicção geral de que há limites ao Estado nas crenças religiosas de seus cidadãos. É ainda reforçado por Jellinek a influência exercida pela Reforma no desempenho dessa moderna relação entre indivíduos e o Estado.

A quebra da narrativa teológica medieval exclusivista da Igreja via esforços da Reforma com o pluralismo religioso proporcionou ambiente para a concretização do mundo ocidental. A unidade teológico-política se rompe, o pluralismo religioso provoca soluções à tolerância, e em meio a todo este cenário são estabelecidos os pilares do “constitucionalismo liberal, designadamente o conceito moderno de liberdade de consciência e de religião que lhe anda intimamente associado”<sup>66</sup>.

Em *A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, Jellinek, tratando sobre os direitos de liberdade religiosa, faz uma observação contundente, chegando a ser extremamente incisivo a respeito do tema, concluindo que os direitos de religião têm do contexto religioso que emergiu aspectos que mantêm todos os demais direitos fundamentais sob sua órbita. Afirma também que tais direitos tributam à liberdade religiosa o surgimento da noção jurídica de direitos inalienáveis, inerentes e sagrados do indivíduo.

A ideia de consagrar legislativamente os direitos inalienáveis e invioláveis, os direitos naturais do indivíduo, não é uma ideia de origem política, mas, sim, uma ideia de origem religiosa. O que até o presente cremos ser obra

---

<sup>65</sup> JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Traducción de la 2ª edición alemana y prólogo por Fernando de los Rios. Montevideo: B de F editorial, 1954, p.424-425. No original: “Igualmente, la lucha secular entre el Estado e la Iglesia há traído como resultado la convicción general, y dominante hoy en todos los Estados cultos, de que el poder del Estado, cuando se trata de las creencias religiosas de sus miembros, encuentra su limite irremediable en estas mismas creencias. La teoria jurídica de um Estado, sin restricción alguna, sirvió como el arma que energicamente se esgrimió para contener las pretensiones de la Iglesia, las cuales consistían en reclamar um campo de actividad independiente, exterior y opuesto a aquél; pero mediante esta lucha hubo de convencerse el Estado de que los limites reales del *imperium* radican en la intimidad religiosa de los individuos. Esta convicción engendrada por las oposiciones que creó la Reforma há desempeñado un gran papel em la determinación de las modernas relaciones entre el Estado y el individuo”.

<sup>66</sup> MACHADO, Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 53-54.

da Revolução não é, em realidade, senão um produto da reforma e das lutas que ela originou.<sup>67</sup>

A liberdade de religião serve muito àquela esfera de direitos relacionados às crenças espirituais, contudo é de extrema importância na projeção que causa nos demais direitos fundamentais, pois ao afirmar-se o direito fundamental de crer e viver livremente de acordo com uma crença religiosa, é inevitável a inclusão para com a finalidade do Estado que existe hoje, que está exatamente na garantia do dever do “soberano” para com os “cidadãos” de respeitar categoricamente o direito a resistência e de não ser oprimido independentemente da boa vontade ou humor do soberano<sup>68</sup>, em decorrência do valor supremo do indivíduo.

Trazida nas lições de Bobbio e muito bem observada em Jellinek, a “inversão de perspectiva” que alterou todo o contexto ocidental foi proporcionada, não de modo exclusivo, mas com certeza de maneira singular e determinante pelas influências das históricas reformas religiosas do início da idade moderna<sup>69</sup>. Neste sentido, cabe aqui o importante comentário de Carlos Eire, historiador e pesquisador das ideias religiosas pela Universidade de Yale, no sentido de que “nós não podemos começar a compreender quem nós somos como ocidentais sem primeiro compreender as mudanças forjadas pelas Reformas<sup>70</sup> do início da era moderna”<sup>71</sup>. E se vivemos, atualmente, em um mundo tido por

---

<sup>67</sup> JELLINEK, Georg. *A declaração dos direitos do homem e do cidadão: contribuição para a história do direito constitucional moderno*. Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. Coleção Clássicos do Direito, v. 2. São Paulo: Atlas, 2015, p. 88. Neste mesmo sentido, Jorge Miranda. Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. 4, p. 20.

<sup>68</sup> “Atualmente, a proteção da dignidade humana e a promoção dos direitos fundamentais prevalecem como fins do Estado sobre a noção de bem comum.” RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. Barueri: Manole, 2013, p. 124.

<sup>69</sup> Quanto à influência da Reforma para com o período e o Estado moderno, Jellinek afirma: “A polêmica entre o Estado e a Igreja se decide em benefício do Estado, por obra da Reforma não apenas nos países protestantes. Os interesses da diminuída Igreja Católica e a possibilidade de recobrar uma vez mais os membros que haviam se separado dela, pensamento que jamais a Igreja abandonou, são objetivos que dependem que as potências católicas concedam apoio a ela, mas que apesar da oposição e conflito entre Estado e Igreja nos países católicos, nunca mais voltaram a alcançar a mesma força que desfrutou na Idade Média”. No original: “La polémica entre el Estado y la Iglesia se decide en beneficio del Estado, por obra de la Reformam no sólo en los países protestantes. Los intereses de la disminuida Iglesia Católica, y la posibilidad de recobrar alguna vez los miembros que se habían separado de ella, pensamiento que jamás ha abandonado la Iglesia, son objetivos que de tal suerte dependen de que las potencias católicas le brinden su apoyo que, no obstante la oposición y el conflicto entre Estado e Iglesia en los países católicos, no vuelve jamás a alcanzar esta la fuerza de que disfrutó en la Edad Media”. JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Traducción de la 2ª edición alemana y prólogo por Fernando de los Rios. Montevideú: B de F editorial, 1954, p. 420.

<sup>70</sup> Refere-se o autor aqui às Reformas religiosas iniciada pela Reforma protestante por volta do séc. XVI.

<sup>71</sup> No original: “we cannot begin to comprehend who we are now as Westerners without first understanding the changes wrought by the Reformations of the early modern era”. EIRE, Carlos M. *Reformations: the early modern world, 1450 – 1650*. 1ª ed. New Haven and London: Yale University Press, 2016, p. viii, xvii.

moderno, incluindo as relações de liberdades jurídicas, “não podemos dizer que conhecemos este mundo em que vivemos se não entendermos esse ponto de inversão da história”.<sup>72</sup>

E o ponto de inversão da história, tal como exposto por Bobbio, se dá justamente pela criação de um ambiente religioso, mas também social, cultural e jurídico que torna sagrado o direito de resistir à opressão e de não ser oprimido. Liberdade religiosa e dissensão sempre estiveram intimamente interligadas.

### 3.1 (IN)TOLERÂNCIA E LIBERDADE RELIGIOSA

Em circunstâncias em que alguém tenha que escolher utilitariamente entre fazer uso da intolerância ou tolerância para alcançar unidade (não uniformidade) de pensamento, mesmo para aquele que deseja fazer uso do expediente da intolerância, deve ter de antemão a informação experimental da história de que a intolerância, como meio de impedir a proliferação do erro e do dano, não é a opção que oferece o melhor resultado. Neste sentido Bobbio afirma:

A intolerância não obtém os resultados a que se propõe. Mesmo nesse nível elementar, capta-se a diferença entre o tolerante e o cético; o cético é aquele para quem não importa que a fé triunfe; o tolerante por razões práticas dá muita importância ao triunfo da verdade, a sua, mas considera que, através da tolerância, o seu fim, que é combater o erro ou impedir que ele cause danos, é melhor alcançado do que mediante a intolerância.(...) O erro poderia propagar-se mais na perseguição do que numa benévola, indulgente e permissiva tolerância (permissiva, mas sempre atenta).<sup>73</sup>

Entre um cenário de completa intolerância e outro que ofereça algum grau de tolerância, poderíamos dizer que, sem sombra de dúvidas, o melhor dentre estas opções seria um ambiente tolerante. Contudo, essa conclusão só persistiria se tivéssemos por finalidade permanente viver em uma sociedade que se mantivesse por forças tirânicas, despóticas e autoritárias. Qualquer outra opção que incluísse a dimensão de plenitude do desenvolvimento e busca da melhor acomodação do indivíduo-cidadão em sua dignidade

<sup>72</sup> No original: “no Westerner can ever hope to know him- or herself, or the world he or she lives in, without first understanding this crucial turning point in history”. EIRE, Carlos M. *Reformations: the early modern world, 1450 – 1650*. 1a ed. New Haven and London: Yale University Press, 2016, p. viii, xvii.

<sup>73</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11 ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 206.

humana, necessariamente haveria de passar por um cenário que repudiasse a intolerância e não se bastasse com a tolerância. Seria e é necessário um ambiente jurídico e político de liberdade.

Ainda que qualquer um pudesse concordar que o menor dos males entre intolerância e tolerância está com esta última, dificilmente não concordaria que ambas são faces de uma mesma moeda. Muito contribui as palavras de Thomas Paine na explanação da igualdade em essência entre os conceitos de tolerância e intolerância, e ainda segue identificando a base comum entre ambas: “Tolerância não é o oposto de intolerância, mas apenas o seu disfarce. Ambas são despóticas. Uma assume a si mesma o direito de suprimir a liberdade de consciência, e a outra, o direito de concedê-la”.<sup>74</sup>

Neste sentido, ainda que a tolerância possa oferecer oportunamente menores danos, não há qualquer situação de vantagem em relação à tolerância além da mera sorte circunstancial sob a qual desfrute alguém ou algum grupo temporariamente. A garantia de respeito direitos fundamentais em uma ordem jurídica tolerante está diretamente ligada ao Soberano ou à maioria enquanto não se achar por bem revogar ou mitigar a ordem tolerante. Tolerância é um benefício concedido arbitrariamente, que justamente pelo seu caráter contingencial, utilitário ou oportunista, longe está de ser satisfatório diante do conceito de liberdade impresso no Estado constitucional democrático de direito.

Em sintonia, Jónatas Machado, estudioso afincado do tema de liberdade religiosa, nos oferece uma pertinente explanação da diferença entre liberdade e tolerância religiosa:

A diferença entre liberdade religiosa e tolerância radica, fundamentalmente, no facto de que a primeira é vista como integrando a esfera jurídico-subjetiva do seu titular, ao passo que a segunda é vista como uma concessão graciosa e reversível do Monarca, do Estado ou de uma maioria política ou religiosa. A tolerância religiosa consistiu, assim, num momento de transição no processo que conduziu à consagração constitucional do direito à liberdade religiosa.<sup>75</sup>

Se há algo em consideração a respeito da tolerância religiosa na história, já considerando o aprendizado didático de sua insuficiência, isto se dá pela razão de que no

<sup>74</sup> No original: “Toleration is not the *opposite* of intolerance, but is the *counterfeit* of it. Both are despotisms. The one assumes to itself the right of withholding liberty of conscience, and the other of granting it.” Disponível em: <[http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendI\\_religions57.html](http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/amendI_religions57.html)>. Acesso em: 29 nov. 2018.

<sup>75</sup> MACHADO, Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996. p. 73.

desenvolvimento ocidental das ideias, a tolerância configurou um estágio, digamos, intermediário ante a maior apreensão obtida com a noção de liberdade religiosa não condicionada exclusivamente por esfera jurídico-subjetiva do seu titular.

### 3.1.1 Da tolerância à liberdade religiosa

Não são poucos os autores que argumentam pela origem da liberdade religiosa como concebida no contexto das Treze Colônias pós *Bill of Rights* (Declaração de direitos) americana em 1791, com o movimento de busca pela concepção de pluralidade religiosa na Europa, a Reforma, as subsequentes guerras religiosas, ideias desenvolvidas por protestantes radicais e os desdobramentos resultantes.

Neste sentido, Jónatas Machado, coerentemente, sustenta que a constitucionalização da liberdade religiosa, tal como a concebemos, só foi alcançada nesta medida no continente americano. No Novo Mundo robusteceu-se a noção de liberdade religiosa de modo que “a Constituição não tem em vista a proteção ou a promoção dos direitos da verdade. Do mesmo modo, não se perfilha como fim ou tarefa do Estado a prossecução de qualquer concepção confessional comum”<sup>76</sup>. A Lei Maior tem por objetivo nesta área tão somente estabelecer entre os cidadãos a igualdade em dignidade e liberdade.

Para se amadurecer, entretanto, de uma visão teológico-confessional para uma jurídico-política da liberdade religiosa houve um desenvolvimento histórico.<sup>77</sup>

Durante a Idade Média, Agostinho e Tomás de Aquino contribuíram para a noção da Liberdade Eclesiástica ou de Liberdade na Igreja. Jónatas Machado destaca que, de acordo com Agostinho, estaria a Igreja com o dever de trazer para a liberdade todos aqueles que estivessem ausente dela (Igreja), ainda que pela força.<sup>78</sup> Tomás de Aquino, por sua vez, adicionaria ao conceito de liberdade eclesiástica a percepção aristotélica da comunidade como sendo o corpo de cristo. Os indivíduos seriam cada qual um animal político “inconcebível senão na sua inserção comunitária” mantidos pelos princípios da Igreja que,

---

<sup>76</sup>MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 342.

<sup>77</sup> *Idem*.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 32-33.

dentro da lógica corpórea de comunidade, deveria manter o corpo saudável espiritual e politicamente. Qualquer insubordinação da consciência seria tida por desafio à comunidade.<sup>79</sup>

Esta concepção teológico-confessional ruiu com o pluralismo religioso dos séculos XVI e seguintes levando a uma concepção generalizante e secular de convivência das diferentes confissões. Neste trajeto, contribuíram contratualistas como Hobbes, Spinoza e Locke.

Thomas Hobbes, em *O Leviatã*, sustenta um soberano forte que organiza a ordem social, religiosa e política, não permitindo a manifestação do dissenso. A liberdade religiosa é relegada ao foro íntimo, interno de cada cidadão.

Já Espinoza defendia uma forma democrática de governo com garantia de liberdade e igualdade – liberdade de livre expressão e religião, contudo, fica sob a “competência legalista do Soberano, como assunto de interesse de toda a comunidade política, sendo o monarca o intérprete e guardião dos direitos espirituais e de religião”.<sup>80</sup>

Machado ressalta que entre Hobbes e Espinoza há clara diferenciação entre uma religião pública e uma religião privada, íntima e pessoal. “Por essa via estabelece-se um dualismo na personalidade, com marcada distinção entre convicções e vivência religiosas, ou seja, entre suas convicções religiosas internas e as exigências externas de conformidade”.<sup>81</sup>

John Locke, por sua vez, apresenta avanço significativo<sup>82</sup> ante a Hobbes e Espinoza quanto à noção de liberdade religiosa, aproximando-se da compreensão dos Anabatistas suíços, alemães e por alguns puritanos ingleses ao compreender a igreja como entidade religiosa criada por associação voluntária que repousa a sua autenticidade na tolerância.<sup>83</sup> A

---

<sup>79</sup> MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 32-33.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 74-75.

<sup>81</sup> *Idem*.

<sup>82</sup> “E se Hobbes chega ao *Leviathan* (1651), partindo da ideia de que os indivíduos, ao celebrarem o pacto social, abandonam os seus direitos e liberdades ao soberano absoluto que deve proteger os cidadãos, já Locke, na senda da escola de Salamanca, a partir da mesma ideia de contrato, reage contra o processo de absolutização, acompanhado de uma máquina burocrática centralizadora, na qual a nobreza continuava a deter posições privilegiadas, mas da qual a burguesia se sentia marginalizada”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.384.

<sup>83</sup> MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes, *op. cit.*, p. 75.

religião e a sociedade política se distanciam em suas finalidades, sendo que a religião é caracterizada pela autodeterminação individual.

De acordo com Locke “não cabe ao magistrado civil o cuidado das almas, nem tampouco a quaisquer outros homens. Isso não lhe foi outorgado por Deus, porque não parece que Deus jamais tenha delegado autoridade a um homem sobre outro para induzir outros homens a aceitar sua religião”<sup>84</sup>. Continua Locke, ainda, retirando qualquer pretensão do Estado para com a imposição de uma religião ao cidadão, a menos que o faça pelos instrumentos da religião, convencimento e persuasão, no sentido de que “confisque os bens dos homens, aprisione e torture seu corpo; tais castigos serão em vão, se se esperar que eles o façam mudar seus julgamentos internos acerca das coisas”. Em matéria de crença religiosa, “o esclarecimento é necessário para mudar as opiniões dos homens, e o esclarecimento de modo algum pode advir do sofrimento corpóreo”.<sup>85</sup>

Locke, apesar de estabelecer os contornos da liberdade religiosa como entendemos hoje, entendeu que ateus e católicos não poderiam ser admitidos na sociedade pois, entendia que os ateus não seriam capazes de manter juramentos, e os católicos por estarem historicamente ligados a intolerância religiosa e subversão política pela imposição da religião.

Caminha o autor em expor os Estados confessionais e biconfessionais europeus, mas ainda não projeta liberdade religiosa em sua plenitude, que não limitasse qualquer credo que viesse, em hipótese, ameaçar a sociedade.

Ainda, em momentos anteriores à Constituição, Roger Williams figura como preconizador e concretizador da liberdade religiosa plena, estabelecendo em sua recém-fundada colônia de *Rhode Island* liberdade para todos os credos, inclusive aos ateus e católicos, regularmente repudiados pelos Estados protestantes. James Madison e Thomas Jefferson estabelecerão um discurso final “no plano imanente, filosófico-racional e científico-político, tributário do contratualismo jusnaturalista.”<sup>86</sup>

O *Founding Father* James Madison, influenciado por Locke e Montesquieu, busca um modelo técnico para solucionar o problema da concentração de poderes nas mãos dos

---

<sup>84</sup> LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Coleção Os pensadores), p.11.

<sup>85</sup> Idem.

<sup>86</sup> MACHADO, Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 81.

governantes, seja este poder religioso, seja político. A separação entre Estado e igrejas era uma solução que possibilitaria a abertura de um amplo espaço de disputa religiosa sem a imposição de uma visão sobre todas as demais.

Jefferson entende não serem as normativas da religião e do Estado pertencentes ao mesmo plano. A religião tem por base a livre escolha interior, sem qualquer interferência estatal que não fosse para garantir direitos de terceiros; já a formação do Estado é um acordo entre iguais com direitos e deveres resultantes.<sup>87</sup>

Sempre válido lembrar a passagem de Jefferson que criou a expressão “muro de separação” (*wall of separation*) parte de uma breve carta escrita para Associação Batista de Danbury. Nesta carta Jefferson louva o conteúdo da primeira emenda (*free exercise clause* e *establishment clause*) e sintetiza os parâmetros do que seria a liberdade religiosa tal qual temos hoje, dizendo que nenhuma oposição há entre os direitos naturais do homem (aqui se referindo à liberdade religiosa) e os seus deveres para com a sociedade.<sup>88</sup>

É, enfim, nos embates pela construção de um Estado democrático e livre que se aperfeiçoará nas Treze Colônias os conceitos tão caros à liberdade religiosa, quais sejam, separação entre igreja e Estado e livre exercício religioso. Ambos foram estabelecidos de forma inovadora com a primeira emenda à Constituição americana, “*the establishment clause*” e a “*free exercise clause*”. Estes se tornariam os dois grandes parâmetros para estabelecimento da liberdade de crença, exercício da religião e do princípio da neutralidade estatal em matéria religiosa, possibilitando, deste modo, que o Estado absorvesse as

---

<sup>87</sup> Ibidem, p. 82.

<sup>88</sup> Carta escrita por Thomas Jefferson para os Batistas de Danbury na data de 1º de janeiro de 1802. “Crendo com você que religião é um assunto restrito somente entre o homem e seu Deus, que o homem deve fé e adoração a ninguém mais, que os legítimos poderes do governo limitam-se apenas a ações e não a opiniões, eu contemplo com reverência soberana o ato do povo americano que declarou que o legislativo não deveria ‘legislar em respeito ao estabelecimento de religião, ou proibir o livre exercício da mesma’, construindo assim, um muro de separação entre Igreja e Estado. Aderindo a esta expressão da suprema vontade da nação em respeito aos direitos de consciência, eu verei com sincera satisfação o progresso destes sentimentos que tendem a restaurar ao homem todos os seus direitos naturais, convencido de que nenhum direito natural do homem está em oposição para com os seus deveres na sociedade”. No original: “Believing with you that religion is a matter which lies solely between Man & his God, that he owes account to none other for his faith or his worship, that the legitimate powers of government reach actions only, & not opinions, I contemplate with sovereign reverence that act of the whole American people which declared that their legislature should “make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof,” thus building a wall of separation between Church & State. Adhering to this expression of the supreme will of the nation in behalf of the rights of conscience, I shall see with sincere satisfaction the progress of those sentiments which tend to restore to man all his natural rights, convinced he has no natural right in opposition to his social duties.” Library of Congress. Disponível em: < <https://www.loc.gov/loc/lcib/9806/danpre.html> >. Acesso em: 20 dez. 2018.

diferenças religiosas e não se deixasse ser tomado e dominado pelas compreensões mundividentes de uma minoria ou maioria.

### 3.2 O CONCEITO DE CRENÇA

O começo da liberdade religiosa é a liberdade de crença, uma vez que é em resultado da crença religiosa que se estabelece a criação de um culto religioso, de uma igreja e todo um modo de vida, que se revelam como fatos exteriorizados da crença.

E foi justamente por desejar crer diferentemente da religião oficialmente estabelecida na época de monopólio espiritual europeu que houve uma série de conflitos e desdobramentos históricos que conduziram à criação do que hoje reconhecemos como o regime de separação entre Estado-igreja e liberdade de exercício religioso, ambos com a finalidade de produzir a liberdade religiosa de se crer e viver de acordo com esta crença, mesmo que ela seja diferente das outras ou, mais que isso, que incomode as demais crenças e práticas religiosas.

Daí a importância de abordar de maneira objetiva o que seria a noção de crença para fins desta dissertação. A noção de crença religiosa, neste caso, está intimamente ligada à sua origem moderna que contribuiu para a formação de um tipo de Estado que protegesse o direito de ter crenças religiosas distintas da crença da maioria da população.

Termo polissêmico e de difícil concordância e consenso quanto a uma definição uníssona, ao conceito de crença podem ser atribuídos diferentes significados a partir da disciplina científica em que é estudado ou do viés teórico adotado.

Neste trabalho, tratamos do viés que veio a ser promovido pelo constitucionalismo, e entendemos acatado pela Constituição brasileira. Assim, buscamos delimitar o termo suficientemente para o objetivo desta dissertação, qual seja, reforçar que a proteção da liberdade religiosa foi introduzida no nosso ordenamento jurídico em uma concepção da história constitucional moderna.

Na Carta Política de 1988, artigo 5º, temos no inciso VI a inviolabilidade da “**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” e no inciso VIII a afirmação de que “**ninguém será privado de direitos por motivo de crença**

**religiosa** ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”.<sup>89</sup>

Nesta perspectiva, o indivíduo figura como o fundamento da existência do Estado e dos direitos fundamentais, incluso nestes o de crença, e que ao Estado passou a ser da maior obrigação concretizar estes direitos fundamentais já que é parte de sua finalidade permanente para com a sociedade política. Assim, o propósito do Estado está em atender as necessidades fundamentais das pessoas, que são o seu principal elemento constitutivo.

E a necessidade de tecer algum parâmetro compreensivo do sentido de crença está no fato de que esta reside na medula do fenômeno religioso e marca o início do itinerário espiritual que ocorre no indivíduo antes de vir a ser externalizada em expressões e ações religiosas.

Assim, crença é, na compreensão deste trabalho, a noção histórica apropriada por nossa Constituição, que resulta da convicção religiosa formada e abertamente expressa por um indivíduo com capacidade de exercer suas faculdades intelectuais. Em outras palavras, é uma decisão ocorrida por um processo de convencimento livre ante às ideias religiosas. Deste modo, ficaremos tão somente nos aspectos jurídicos enquanto abordarmos o fenômeno religioso, pois o que nos compete analisar é o direito como intersubjetivamente válido, ou seja, naquele aspecto que ao Estado cabe reconhecer. Manteremos o entendimento de crença como um produto da capacidade humana de pensar e raciocinar, comum a todos que podem, por seu próprio raciocínio, formar convicções espirituais a respeito do mundo.

Assim, o que é suficiente para reconhecer a crença espiritual de uma pessoa será sua declaração de convicção de uma ideia religiosa, vinculada ou não a uma religião institucionalizada. Sendo isto apto a produzir os demais direitos de liberdade religiosa.

Em outras palavras, sendo o indivíduo membro vinculado de uma igreja ou religião socialmente reconhecida ou alegando apenas convicção religiosa observada individualmente, há aí a crença espiritual e deve ser esta garantida e protegida como “inviolável” pelo Estado nos termos da Constituição.

É proposital e necessário manter o conceito jurídico de crença pelo seu elemento comum a todos, crentes ou não, ou seja, como um produto da consciência, racional e livre do indivíduo. Do contrário seria concedido ao Estado um exercício degenerado do poder que

---

<sup>89</sup> Grifo nosso para ressaltar as passagens de maior interesse.

representa em nome do povo, pois exerceria autoridade não atribuída e função imprópria não concedida pela Constituição.

Se coubesse ao Estado fazer julgamento da crença religiosa pelo seu elemento subjetivo estaríamos permitindo, em última instância, que por meio da força e coerção que acompanham as leis – instrumentos do Estado – houvesse aniquilação da liberdade religiosa, pois apenas seriam válidas as crenças que subjetivamente coincidissem com os critérios Estatais. Voltaríamos, dessa forma, às teocracias, porém, desta vez, revestidas de “interesses públicos e republicanos”. O Estado faria as vezes do representante de Deus na terra para qualificar quais crenças seriam mais agradáveis ao Onipotente.

Nada há de demérito a todos aqueles que se arrogam na responsabilidade de representar ou falar em nome de Deus ou divindades aos demais crentes em sua esfera espiritual. O que se postula por toda uma teoria constitucionalista, resultado de uma sã compreensão dos limites entre esferas temporal e espiritual, é a imprescindível necessidade de não disponibilizar os instrumentos unicamente cedidos aos estados – força e coerção – para fazer valer quais crenças seriam aceitáveis no ambiente jurídico.

É bem verdade que a maioria das crenças espirituais exercidas pelas pessoas são 1) crenças já institucionalizadas e ligadas de modo direto a uma religião já estabelecida e reconhecida socialmente ou; 2) mesmo que não estejam estabelecidas diretamente a um corpo institucional, são observadas no âmbito privado com rituais e ideias similares daquelas seguidas pelos membros das religiões convencionais. Este é o caso de muitos brasileiros que, embora não se declarem participantes assíduos dos ritos institucionais da religião historicamente majoritária do país, a católica<sup>90</sup>, se identificam como convictos desta crença religiosa e vivem no seu dia a dia de acordo e em respeito aos princípios sagrados desta denominação.

Contudo, mesmo nos casos em que uma crença tenha adesão social minoritária, ou mesmo seja tão somente vivida por um indivíduo, deve este cidadão ser protegido de igual modo em sua liberdade estabelecida constitucionalmente. E aqui fez muito bem a Constituição brasileira em assumir a liberdade religiosa a partir de seu núcleo “crença” ao

---

<sup>90</sup> Segundo último censo do IBGE a parcela da população brasileira católica era aproximadamente 65%. Disponível em: < [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd\\_2010\\_religiao\\_deficiencia.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/94/cd_2010_religiao_deficiencia.pdf)>. Acessado em 14 dez. 2018.

dizer que é “inviolável a liberdade de consciência e de crença”, pois se houvesse admitido a liberdade religiosa somente para aqueles que estivessem filiados a uma religião já institucionalizada, haveria de condicionar, inevitavelmente, estes direitos, que só existiriam para as instituições religiosas que lograssem reconhecimento social e jurídico, deixando de ser um direito primariamente individual.

E a grande questão aqui é que, na prática, estariam todos privados em diferentes graus da plena liberdade de crença, pois haveria limitações de exercício da liberdade religiosa, não apenas para quem é de uma crença minoritária que não conseguiria exercer seus direitos, senão estivesse vinculado a uma religião institucionalizada, mas também estariam limitados aqueles que, embora façam parte de uma igreja, não pudessem transitar para outra crença sem prejuízo de direitos fundamentais, com violação a sua liberdade de pensar de maneira diferente neste tema e mudar de opinião.

Ao entendermos a crença como resultado de uma convicção de natureza espiritual, estamos ressaltando a importância dos direitos de liberdade religiosa ao cidadão que declara sua convicção. Não é objeto deste estudo classificar a crença a partir da análise qualitativa, pois assim estaríamos caminhando na contramão de nosso propósito, ao deixar à mercê da intervenção estatal para o que bem entender admissível ou razoável ser compreendido como crença. Sem dúvida alguma, há muito a complementar com os estudos das demais ciências em torno do conteúdo das ideias religiosas e motivos que levam as pessoas a ter uma crença religiosa, contudo para que haja a inclusão nos direitos e garantias religiosas do cidadão que crê em uma ideia espiritual, não é necessário e nem cabe ao Estado fazer julgamento da qualidade espiritual desta crença.

Entendemos que cabe, sim, afirmar que independentemente do que venha justificar esta crença, ela deve ser respeitada em seu processo de formação via convencimento sem coerção de qualquer natureza, e então protegida nas suas formas de expressão. Deste modo, seja qual for os elementos subjetivos que formaram a crença espiritual de alguém, uma vez traduzida em convicção e assim expressa pelo indivíduo, passará a ser respeitada e protegida<sup>91</sup> em suas formas externalizadas.

---

<sup>91</sup> O Movimento da Reforma foi um grande propulsor a partir de sua época da liberdade de crença, uma vez que exigia ser reconhecido como autônomo para pensar e crer nas verdades religiosas bíblicas que entendia ser convincente com a interpretação bíblica obtida no estudo individual. Daí o grande cisma na Europa com a hegemonia religiosa efetivamente abalada após o posicionamento dos príncipes alemães exigindo que na região deles, a religião deles (*cuius regio eius religio*).

O nosso intuito de assim proceder na delimitação da crença como um produto da capacidade de cada ser humano de originar a partir de sua própria consciência as conclusões espirituais para sua vida, é fixar o conceito objetivamente a partir do fato que nos é comum, qual seja, de que todos nós, ao nos convencer de uma ideia religiosa por faculdades racionais a todos dispostas, devemos ser respeitados. É esta potencialidade de livremente escolher, que só assiste ao ser humano, que nos coloca em plano comum de mútuo respeito, já que em cada um há a mesma capacidade de arbítrio dentro do livre mercado de ideias religiosas<sup>92</sup>.

Este parâmetro é necessário para que tenhamos a certeza de estarmos em um “discurso que seja intersubjetivamente válido, ou seja, aferível por todos, independentemente da crença professada”<sup>93</sup>, pois os direitos de liberdade religiosa se fundamentam justamente na capacidade ou na faculdade unicamente humana que cada indivíduo possui de concluir por si próprio, a partir da formação de sua convicção, qual a crença religiosa – ou ausência dela – que satisfaz sua necessidade espiritual. Portanto, ainda que seja de relevantíssimo interesse entrar no mérito quanto à pertinência do conteúdo de cada crença, não caberá ao Estado ou a qualquer particular negar ao cidadão que optar por uma crença religiosa os direitos de liberdade religiosa por motivos subjetivos de desafeição ou discordância pessoal com a mesma.

Ao contrário de posições que consideram irrelevante preocupar-se com a inviolabilidade da crença religiosa, já que nem o Estado nem qualquer outra pessoa pode adentrar dentro da consciência dos indivíduos, a liberdade de crença sobre, sim, influência: “muito embora não se possa invadir as esferas íntimas das convicções religiosas individuais, é possível moldá-las, conformá-las ou direcioná-las.”<sup>94</sup> É possível, sim, que posturas estatais que dificultem ou onerem o exercício de determina crença dentro do livre mercado de ideias

---

<sup>92</sup> O termo “mercado livre de ideias” é explicado por Jónatas Machado como oriundo de Oliver Holmes, que se baseou nos ensinamentos de Stuart Mill para elaborar tal expressão. De acordo com Stuart Mill, o espaço livre para circulação de ideias é um conceito que mantém permanente defesa da liberdade de expressão. “Se uma ideia considerada herética contém a verdade, o seu silenciamento conduz necessariamente ao erro; se as diferentes concepções em confronto têm parte da verdade, a livre discussão das mesmas possibilitará a refutação do erro e a retenção da verdade; mesmo que as concepções dominantes contenham toda a verdade, só a sua discussão contínua poderá evitar a sua fossilização e aceitação acrítica como dogma e preconceito.” MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos do cidadão*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p.353.

<sup>93</sup> PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. *A separação Estado-Igreja e a tutela dos direitos fundamentais de liberdade religiosa no Brasil*. 2007. 320f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 14.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 15.

religiosas limitem o espectro de crenças religiosas possíveis de serem adotadas devido a sanções, mesmo que indiretas<sup>95</sup>.

Neste ponto é importante ressaltar a consequência para o Estado apresentada pela Constituição brasileira quando se apropria juridicamente do conceito de crença (art. 5º, inc. VI) a partir de sua característica objetiva: a consequência está no tratamento de igualdade material entre as diferentes crenças. Uma vez que cabe ao Estado respeitar as crenças por serem decorrência da capacidade racional humana em produzir convicções livres, caberá também ao Estado cooperar positivamente com soluções para eventuais conflitos de ordem prática no exercício da crença religiosa.

Prescreve o artigo 5º, inciso VIII, que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa” e que havendo conflitos entre a crença religiosa e as circunstâncias para concretizá-la deverá haver solução via “prestação alternativa, fixada em lei”. Com relação à prestação alternativa dada pelo legislativo, contudo, o constituinte foi prevenido em evitar que a leniência proposital ou formal do processo legislativo deixasse descobertos esses direitos fundamentais e incumbiu, paralelamente, o Judiciário da tarefa, ao afirmar que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”<sup>96</sup>.

E o Judiciário, ao exercer sua função de guardião da Constituição, irá, dessa forma, “garantir e efetivar o pleno respeito aos direitos humanos fundamentais, sem que possa a lei excluir de sua apreciação qualquer lesão ou ameaça de direito (CF, art. 5º, XXXV)”.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> Citamos aqui o exemplo dos sabatistas, que exercem crença religiosa que, ao nosso ver, é submetida a sanções indiretas do Estado para o exercício de sua religião. Os sabatistas adotam o dia de Sábado (sábado: de pôr do sol de sexta até pôr do sol de sábado) como sagrado e por conta disso não realizam por exemplo atividades ordinárias voltadas para o seu sustento ou interesse imediato de manutenção das necessidades materiais mundanas, ficando este dia separado de modo especial para adoração a Deus e dedicação ao próximo. Assim, atividades laborais ou provas no sábado seriam tidas por atividades seculares, apropriadas para todos os outros dias da semana. O Ministério da Educação implementou em 2018 a realização da prova do ENEM em dois domingos consecutivos, o que muito cooperou para desonerar a crença dos sabatistas, que tinham que realizar a prova em um único fim de semana. Até então, tinham que se submeter a um confinamento de 4 (quatro) horas ou mais, aguardando o momento em que o Sábado findasse para iniciar as provas. O desgaste mental era sobrecarregado pelo fato que no dia seguinte tomariam a segunda parte da prova apesar de terem passado o dia anterior em confinamento e ainda realizado a prova até parte do horário noturno, em que os demais alunos já teriam todos ido para o descanso.

<sup>96</sup> Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

<sup>97</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.38. Neste assunto, nos ensina ainda mais o professor Alexandre de Moraes reforçando sua compreensão de que a tarefa primordial do Poder Judiciário, tanto em sua atuação no Poder Federal como nos Estados Federados, é ser o guardião da Constituição. E aqui nos ressalta que “guardar a Constituição” é em primeiro lugar preservar os direitos humanos fundamentais, limitando os órgãos de soberania do Estado. Em tal postura que o Judiciário tem para com a Constituição tem destaque o instrumento do controle de constitucionalidade. Nas palavras do professor Moraes: “dentro dessa grave e importante missão constitucionalmente conferida ao Poder Judiciário, destaca-

A Constituição, no inciso VIII, demonstra cuidadosa atenção e sabedoria para o fato de que a liberdade de crença, quando bem compreendida em seu conceito, levará a soluções que acomodem as necessidades decorrentes do exercício da crença nas diversas áreas da vida social como trabalho, estudo etc. Assim, o dispositivo protege à religião e as crenças fomentando que o Estado trabalhe continuamente para a implementação de um espaço de respeito e liberdade.

Talvez a ideia de crença como convicção pode muito bem ser elencada como a maior contribuição da cultura cristã para o conceito de liberdade religiosa e demais liberdades adotadas pelo Ocidente<sup>98</sup>, por tamanha importância que possui e revolução que provocou na compreensão dos direitos fundamentais que focaliza no indivíduo a fonte justificadora dos fins do Estado<sup>99</sup>.

É muito interessante notar que as alterações geradas com as Reformas protestantes no contexto religioso e social da época tinha de certo modo o fundamento no “direito privado

---

se o instrumento do controle de constitucionalidade, como garantia das mais eficazes para concretização do efetivo respeito aos direitos humanos fundamentais. (...). O controle de constitucionalidade configura-se como verdadeira e primordial garantia de supremacia dos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal, que, além de configurarem, conforme já analisado, limites ao poder do Estado, são também parcela da legitimação do próprio Estado, determinando seus deveres e tornando possível o processo democrático em um Estado de direito”. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.38

<sup>98</sup> Quanto às contribuições que a cultura cristã teria proporcionado neste tema, Comparato afirma que a noção de direitos humanos teria advindo da religião, da filosofia e da ciência e que a religião, no caso aquela de preceitos bíblicos, teria dado para o mundo a melhor contribuição de toda a história, ao dizer que o homem era eminente e digno de todo o respeito: “A justificativa religiosa da preeminência do ser humano no mundo surgiu com a afirmação da fé monoteísta. A grande contribuição do povo da Bíblia à humanidade, uma das maiores, aliás, de toda a história, foi a ideia da criação do mundo por um Deus único e transcendente. Os deuses antigos, de certa forma, faziam parte do mundo, como super-homens, com as mesmas paixões e defeitos do ser humano. Iahweh, muito ao contrário, como criador de tudo o que existe, é anterior e superior ao mundo. Diante dessa transcendência divina, os dias do homem, disse o salmista, “são como a relva; ele floresce como a flor do campo, roça-lhe um vento e já desaparece, e ninguém mais reconhece o seu lugar” (Salmo 103). No entanto, a criatura humana ocupa uma posição eminente na ordem da criação. Deus lhe deu poder sobre (...) a cada um deles o homem deu um nome, o que significa, segunda a velhíssima crença, submeter o nomeado ao poder do nomeante”. COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.1-2. No mesmo sentido, Branco, Coelho e Mendes expressam concordância com a contribuição cristã para com a noção de singularidade do ser humano na criação divina e sua justificativa de tratamento digno: “O cristianismo marca o impulso relevante para o acolhimento da ideia de uma dignidade única do homem, a ensejar uma proteção especial. O ensinamento de que o homem é criado à imagem de Deus e a ideia de que Deus assumiu a condição humana para redimi-la imprimem à natureza humana alto valor intrínseco, que deve nortear a elaboração do próprio direito positivo”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.232.

<sup>99</sup>COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 1.ed. São Paulo: Companhia Das Letras, 2006, p.167-169: “A Reforma Protestante foi, incontestavelmente, a primeira revolução social do mundo moderno (...) a verdade é que a Reforma Protestante contribuiu, de modo direto ou indireto, para a transformação da sociedade europeia, não só no campo religioso, como também no terreno político e econômico, ao produzir profundas alterações no ideário, nas instituições de organização social e na prática de vida”.

de julgamento para interpretação bíblica” (“*the right of private judgement in matters of biblical interpretation*”), que nada mais era do que afirmar que a Bíblia – fonte de quase todas as razões e ações do modo de vida da época, profundamente marcada pela religiosidade definida pela Igreja – poderia ser compreendida por qualquer indivíduo, fosse ele nobre ou plebeu, intelectual ou simples, adulto ou criança, indo de encontro, assim, com a noção largamente difundida de que apenas o clero era capacitado para tanto<sup>100</sup>.

O princípio, então, era que todo o que viesse a ler a Bíblia tornava-se sacerdote para si mesmo<sup>101</sup>, no sentido de ser capaz de ter autonomia na interpretação e formação de sua convicção da vontade de Deus para sua vida. Em outras palavras, a reforma introduziu (ou redescobriu) a liberdade do “indivíduo pensar em seu relacionamento com Deus de maneira individual, sem os intermediários clericais. Ainda que seja inserido em uma comunidade, em uma igreja, o indivíduo descobriu que poderia se relacionar diretamente com o seu criador.”<sup>102</sup>

Ao estabelecer que cada indivíduo tinha o direito de, por si só, conhecer a vontade de Deus por meio de dedicada busca nos escritos sagrados, formando, portanto, sua crença religiosa, estava dada a contribuição mais importante desta fase do cristianismo para o mundo a seguir, que é o respeito pela consciência individual. O indivíduo e cidadão tinha que ser respeitado pela sua capacidade e liberdade de por si só fazer uso de seus atributos racionais e chegar às conclusões que moveriam suas ações no mundo.

---

<sup>100</sup> “O direito ao julgamento privado quanto a interpretação bíblica – um corolário protestante chamado doutrina do sacerdócio de todos os crentes – levou ao respeito pela consciência individual que promoveu as ideias de liberdade religiosa e a separação estado-igreja do moderno Ocidente”. No original: “the right of private judgement in matters of biblical interpretation – a corollary of the Protestant doctrine of the priesthood of all believers – led to a respect for individual conscience that propelled ideas of religious liberty and disestablishment in the early modern West.” MILLER, Nicholas Patrick. *The religious roots of the first amendment: dissenting protestants and the separation of church and state*. 1<sup>st</sup> ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 1.

<sup>101</sup> O sacerdócio de todos os crentes, que era a ideia de que cada crente se tornava um sacerdote diante de Deus foi resgatada pelos protestantes dentro do contexto de autonomia do indivíduo que no plano espiritual era plenamente capaz para reconhecer a vontade de Deus para sua vida, sendo responsável diante de Deus por suas escolhas espirituais. Entre as várias passagens bíblicas que foram somadas para tal compreensão estava a do apóstolo Pedro ao se referir coletivamente aos cristãos e não somente aos líderes: “Mas vós sois a geração eleita, o sacerdócio real, a nação santa, o povo adquirido, para que anuncieis as grandezas daquele que vos chamou das trevas para a sua maravilhosa luz”. 1 Pe 2:9. BÍBLIA. *Bíblia de referência Thompson*. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: ed. Vida, 2005. Ainda, “(...) o sacerdócio de todos os crentes. Por este último princípio, todos os crentes eram, em tese, sacerdotes e missionários, com responsabilidade de manter relacionamento direto com Deus e divulgação do evangelho”. TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *A liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro*. 2010. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p.19.

<sup>102</sup> *Ibidem*, p. 21.

Esta compreensão foi logo assimilada na esfera espiritual, o que é possível perceber na fala do monge agostiniano Martinho Lutero quando convocado na Dieta de Worms<sup>103</sup> para retratar-se de suas interpretações bíblicas derivadas de convencimento não apoiado pela Igreja:

**A menos que eu seja convencido** pelo testemunho das Escrituras, ou **pelo mais claro raciocínio; a menos que eu seja persuadido** por meio das passagens que citei; e a menos que assim eles venham a render a minha consciência por meio da Palavra de Deus, **não posso retratar-me e não me retratarei, pois isto é inseguro** a um cristão **falar contra a sua consciência (...). Aqui eu permaneço, não posso fazer outra coisa**”.<sup>104</sup> (tradução e grifo nosso)

A consequência desta posição religiosa trouxe para o indivíduo, em primeiro lugar, o respeito pela liberdade de consciência para o convencimento pessoal. Ainda, se alguém deve ser respeitado para crer no que o convence pela razão, é necessário um ambiente que promova esta situação, e este deveria ser, necessariamente, um espaço que comportasse a liberdade de todas as ideias religiosas (liberdade de exercício religioso), e que, portanto, não houvesse vinculações do Estado com qualquer dessas ideias, uma vez que pela força o Estado poderia violar a liberdade individual de crer de acordo com a convicção de cada um.

É verdade que Martinho Lutero, ardente defensor do direito intrínseco do indivíduo ao julgamento privado dos assuntos religiosos, tenha posteriormente minimizado esta liberdade de consciência quando foi confrontado em suas próprias interpretações bíblicas, ou seja, não manteve sua postura de validar igualmente a liberdade de crença aos discordantes. Contudo, outros não o fizeram, pois esta ideia não estava limitada a uma pessoa ou a um grupo, mas já pegava-se ao “espírito da época” (*zeitgeist*). Inúmeras vezes

<sup>103</sup> A Dieta de Worms ocorrida em 1521 (17-19 de abril), foi uma dieta imperial (uma assembleia) do Sacro Império Romano Germânico realizada na cidade de Worms, na qual Lutero defendeu suas convicções religiosas diante do Imperador Carlos V. Carlos acabou condenando Lutero como herege, apesar de dar salvo-conduto para que pudesse voltar para casa. Após ser condenado, Lutero foi sequestrado no caminho de retorno para casa por um príncipe alemão que o protegia, e o manteve escondido em um castelo por 10 meses. MILLER, Stephen M., HUBER, Robert V. A Bíblia e sua história: o surgimento e o impacto da Bíblia. Sociedade Bíblica do Brasil. Barueri, SP p. 165-166.

<sup>104</sup> D'AUBIGNÉ, J. H. Merle. *History of the reformation of the sixteenth century*, vol. II. Translated by H. White. New York: American Tract Society, 1848, p.248. No original: “Since your most serene majesty and your high mightnesses require from me a clear, simple, and precise answer, I will give you one, and it is this: I cannot submit my faith either to the pope or to the councils, because it is clear as the day that they have frequently erred and contradicted each other. Unless therefore I am convinced by the testimony of Scripture, or by the clearest reasoning, - unless I am persuaded by means of passages I have quoted, - and unless they thus render my conscience bound by the Word of God, *I cannot and I will not retract*, for it is unsafe for a Christian to speak against his conscience...Here I stand, I can do no more!”.

continuaram a ressoar este direito individual incluindo grandes nomes como John Milton e William Penn.<sup>105</sup>

Assim, o que as Reformas religiosas produziram do séc. XVI em diante mudou o mundo. Sim, o mundo, já que a “religião estava tão profundamente interligada com todas as estruturas social, política, econômica e cultural como se fosse inseparável a bem dizer de cada aspecto da vida diária”. Apresentar uma convicção de crença em pleno “desafio à religião dominante naquela época era muito mais do que consideraríamos meramente ‘religioso’ hoje. Era, de fato, o mais arriscado desafio, pois redefinir a religião significava redefinir o mundo”<sup>106</sup>. Isso se dava pela razão de que tudo estava de certo modo conectado com a religião.

Interessante observar que esta percepção de crença como formação do livre convencimento pode também ser notada em um dos primeiros defensores da liberdade

---

<sup>105</sup> “The skein began when the first Protestants, in particular Martin Luther, proclaimed that individuals enjoyed an intrinsic right of judgement when interpreting and applying the Christian Scriptures. Luther swiftly backed off from a full-scale defense of this right when his own biblical interpretations were challenged. But others did not. Through the sixteenth and seventeenth centuries, a surprising number of voices continued to insist on the right, including many long forgotten except by experts, but also some much better known like John Milton and William Penn.” MILLER, Nicholas Patrick. *The religious roots of the first amendment: dissenting protestants and the separation of church and state*. 1<sup>st</sup> ed. New York: Oxford University Press, p. ix.

<sup>106</sup> No original: “Religion was so deeply intertwined with all social, political, economic, and cultural structures as to be inseparable from nearly every aspect of daily life. Religious defiance, then, was much more than what we might call “religious” in our own day: it was, in fact, the most potent sort of defiance, for to redefine religion was to redefine the world”. EIRE, Carlos M. *Reformations: the early modern world, 1450 – 1650*. 1a ed. New Haven and London: Yale University Press, 2016, p. viii. Repare-se como o historiador de Yale contextualiza o papel da religião durante o período quando ocorreu a quebra do monopólio religioso na Europa: “Religião era a linguagem de tudo na virada do século XVI, era a maneira de conceber e de se expressar, e o modo de interagir com os vizinhos próximos e distantes. Religião era a própria medula em todas as trocas sociais, econômicas, políticas e culturais. Mesmo os menores detalhes da vida diária eram inseparáveis da religião, moldados por ela em diferentes maneiras. Alguns sociólogos e antropólogos falam da religião como “cola social”, uma realidade cultural que mantém a sociedade junto. Religião era mais do que uma cola naquela época: justamente porque a religião ligava a todos em cada vila e reino, ela também os permitia transcender as aparentemente insuperáveis barreiras sociais, políticas, culturais, linguísticas e étnicas. De Portugal no sudoeste até a Lituânia no nordeste, e da Sicília no extremo sul até a Escandinávia no extremo norte, uma seleção comum de mitos, rituais, símbolos e normas éticas ligavam todos os ocidentais, da mesma maneira que fazia uma antiga e complexa instituição mediadora desta religião: a Igreja Católica, liderada pelo Papa em Roma. Romper com esta igreja era transformar a cola em um explosivo, transformando em uma dinamite social”. No original: “Religion was a language of sorts at the turn of the sixteenth century, a way of conceiving and of expressing, and a way of interacting with one’s neighbors, near and far. It was also the very marrow of all social, economic, political, and cultural exchanges. Even the minutest details of daily life could be inseparable from religion, shaped by it to some extent, in various ways. Some sociologists and anthropologists speak of religion as a “social glue”, a cultural reality that binds society together. Religion was more than a social glue back then: because it linked everyone in every village and kingdom, it also allowed them to transcend seemingly insurmountable social, cultural, linguistic, and ethnic boundaries. From Portugal in the southwest to Lithuania in the northeast, and from Sicily in the far south to Scandinavia in the extreme north, a common set of myths, rituals, symbols, and ethical norms linked all Westerners, and so did one ancient and complex institution that mediated this religion: the Catholic Church, led by the pope in Rome. To break with this church was to turn it from an adhesive into an explosive, to change it into social dynamite.” EIRE, Carlos M. *Reformations: the early modern world, 1450 – 1650*. 1a ed. New Haven and London: Yale University Press, 2016, p. viii, ix.

religiosa da Era Cristã, chamado Tertuliano, em sua famosa Apologia, por meio da qual apresentou argumentos a favor da liberdade de exercício da crença cristã contra as acusações e incitações dos romanos ao banimento do cristianismo. Em defesa, Tertuliano disse:

Desde que vocês tiram a liberdade de religião e proíbem a escolha da divindade, e não permitem que eu adore a quem eu desejar, mas compelem-me a adorar a quem eu não desejo. Ninguém, nem mesmo um homem deseja ser adorado por um adorador sem vontade para isso<sup>107</sup>.

Tertuliano, neste trecho, resume já em sua época a ideia básica que motiva a liberdade religiosa, que é a crença ou convicção religiosa, sem a qual não pode haver qualquer genuinidade. Assim, ao ser forçado a adorar uma divindade que não crê viola-se o princípio básico da liberdade religiosa que está na livre consciência do ser humano.

Até mesmo outro ser humano que se coloque na posição de uma divindade não “deseja ser adorado” se não for por retribuição consciente e sincera, ou seja, não deseja ser objeto de crença de alguém que o faz somente por imposição da força. Em outras palavras, tal coerção violaria a própria capacidade de convencimento do “adorado” que não consegue obter do “adorador” nem sequer sua escolha consciente. Tudo não passaria de bajulação e falsidade. Elementos que, pela falta da verdade, não contribuem para o crescimento ou plenitude humana.

Assim, alguém que tenha a convicção formada positiva ou negativamente em favor de uma crença religiosa, deve ser “sagradamente” respeitado. Portanto, não importa se a conclusão individual se der pela inexistência de Deus, de outra divindade, ou de qualquer contexto espiritual, a liberdade de formar sua convicção e viver em aceitação pela sociedade é um imperativo resultante deste pensamento. Ateus e agnósticos são plenamente acolhidos pelo desenvolvimento do conceito de crença prevalecente em nossa tradição cultural jurídica que, neste particular, apoia-se na fundamentação do princípio de liberdade religiosa do livre e pessoal julgamento - *right of private judgement* - sobre o tipo de Deus que crê ou mesmo não crer em Deus algum.

Estes pressupostos são ecoados na Declaração de Direitos da Virgínia, 1776, no contexto de independência norte americana e que visava os direitos inerentes ao ser humano,

---

<sup>107</sup> No original: “since you take away liberty of religion and forbid a choice of deity, and do not allow me to worship whom I wish, but compel me to worship whom I wish not. No one, not even a man, desires to be worshipped by an unwilling worshipper.” Disponível em: [http://www.tertullian.org/articles/reeve\\_apology.htm](http://www.tertullian.org/articles/reeve_apology.htm). Acesso em: 05 dez. de 2018.

entre eles o direito de livremente, fazendo uso de suas faculdades mentais, chegar à conclusão de crer, ausente toda a forma de coerção:

Que a religião ou os deveres que temos para com o nosso Criador, e a maneira de cumpri-los, somente podem reger-se pela razão e pela convicção, não pela força ou pela violência; conseqüentemente, todos os homens têm igual direito ao livre exercício da religião, de acordo com o que dita sua consciência, e que é dever recíproco de todos praticar a paciência, o amor e a caridade cristã para com o próximo.<sup>108</sup>

Fato é que a crença define como os seres humanos vivem, pois tudo que nos move adiante nesta existência é fruto da convicção. E o resultado é de que quanto mais nossas compreensões se alargam e expandem para com as nossas convicções do que é fundamental para nossas existências, mais abrangente e pertinente se torna a satisfação de novos direitos fundamentais no decorrer da história, já que

Os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.<sup>109</sup>

Nas palavras do professor José Afonso da Silva:

Já delineamos que a liberdade tem um caráter histórico (...). Realmente, a História mostra que o conteúdo da liberdade se amplia com a evolução da humanidade. Fortalece-se, estende-se, à medida que a atividade humana se alarga. Liberdade é conquista constante.<sup>110</sup>

Tais direitos fundamentais são tributários daquele direito de não ser oprimido e de resistir intrinsecamente. Direito de não ser oprimido em sua crença que, nos primórdios do Estado moderno, foi exigido por uma minoria religiosa dissidente da interpretação espiritual majoritária, frente à maioria religiosa que tinha o amparo do Sacro Império Romano Germânico da época. Com insistência determinada, esta minoria resistiu a fim de que

<sup>108</sup> Seção XVI da Declaração da Virgínia de 1776. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-bom-povo-de-virginia-1776.html>>. Acesso em: 13 dez. 2018.

<sup>109</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11ª edição. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

<sup>110</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013, p. 250.

houvesse a concretização deste direito central de crença. Esse contexto tornou os direitos de liberdade religiosa presentes em nossas constituições atuais e documentos internacionais de direitos humanos.

### 3.3 LIBERDADE DE PENSAMENTO, CONSCIÊNCIA E DE EXPRESSÃO

Trataremos das liberdades de pensamento, consciência e de expressão enquanto relacionadas com ao princípio da liberdade religiosa.

#### 3.3.1 Liberdade de consciência e de pensamento

Como já abordado, é constitucional a classificação de “inviolável” para as liberdades de consciência e de crença<sup>111</sup>. Tratamos acima esta última como liberdade-essência do fenômeno religioso devido a sua permanente referência para os atos e escolhas religiosas que serão orientados com base na crença.

E também podemos notar que a Constituição traz, lado a lado, a liberdade de crença com a de consciência e a de pensamento, sendo estas de caráter secular. Contudo, não é privilégio e nem ineditismo de nossa Carta apresentar estas liberdades conjuntamente. Podemos identificar que tanto textos constitucionais como documentos internacionais de defesa de direitos humanos, em sua maioria esmagadora, apresentam as liberdades de crença e consciência posicionadas em dispositivo comum ou submetidos ao mesmo grupo de direito.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> Art. 5º, inciso VI da Constituição brasileira de 1988.

<sup>112</sup> É curioso notar que na tradição constitucionalista a ideia de liberdade religiosa, ou de crença caminha sempre lado a lado com os direitos de consciência, expressão e opinião. Podem assim ser encontrados na importante 1ª emenda da Constituição americana que serviu de modelo a inúmeras constituições inclusive a nossa brasileira, ainda temos outros tantos tais como: art. 18 da Declaração universal dos direitos humanos, art. 18 Pacto internacional sobre direitos civis e políticos, art. 12 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 1º da Declaração sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação fundadas na religião ou convicções.

A razão de tal fato, apesar de muitas vezes ignorada, é de que o princípio da liberdade religiosa inicia sua concretização com a própria liberdade de pensamento ou de consciência<sup>113</sup>.

Com relação ao fato de que tanto a liberdade de crença como a de consciência e pensamento comungam origens comuns, José Afonso da Silva argumenta que a liberdade religiosa é parte das liberdades espirituais e “sua exteriorização é forma de manifestação do pensamento. Mas, sem dúvida, é de conteúdo mais complexo pelas implicações que suscita”.<sup>114</sup> Themistocles Brandão afirma que “a liberdade religiosa é o verdadeiro desdobramento da liberdade de pensamento”<sup>115</sup>.

Ruy Barbosa, autor do decreto 119-A de 1890, o primeiro documento estatal a dotar o Brasil de independência mútua entre as esferas espiritual e temporal, assim como garantia de livre exercício de culto, tinha por entendido que a violação da liberdade de crença de alguém começa justamente ao tirar-lhe a liberdade de pensamento, consciência ou opinião.<sup>116</sup>

A liberdade de crença religiosa conecta-se, visceralmente, à liberdade de consciência e pensamento e inevitavelmente resulta no desdobramento dos direitos de opinião e expressão que, por sua vez, alimentam a liberdade de crença que será projetada para fora do indivíduo por meio da opinião, expressão e ação conforme a convicção formada<sup>117</sup>. Será no culto público, na formação coletiva de instituições organizadas e

---

<sup>113</sup>Igual conclusão de Tatiana Robles Seferjan sobre o assunto: “O primeiro desdobramento da liberdade religiosa é a liberdade de consciência, que representa o núcleo e o nascimento da própria liberdade religiosa. Afinal, será ela a garantir a livre expressão do pensamento, em matéria religiosa e sem ele, todos os outros aspectos não poderiam sequer existir”. SEFERJAN, Tatiana Robles. *Liberdade religiosa e laicidade do Estado na Constituição de 1988*. 2012. 162f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2012, p. 14.

<sup>114</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013, p. 250.

<sup>115</sup> BRANDÃO, Themistocles. *Princípios gerais de direito público*. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966, p. 253.

<sup>116</sup> “Aí vemos como é da lei suprema, respeitar a consciência como um santuário, o pensamento como uma região divina, a palavra como uma faculdade sagrada, a associação como um direito inviolável, porque foi por caluniarem a consciência de Cristo, por lhe desconhecere[m] a liberdade de pensamento, por lhe tirarem a palavra que ele não renunciaria nunca, por levarem o machado à raiz da associação cristã promovida por ele ardentemente, que o mandaram prender, e condenar, e açoitar, e escarnecer, e cuspir-lhe as faces e crucificá-lo. Aí nos preparamos para não condenar a opinião de ninguém, nem com a anátema, nem com a proscricção, nem com a cadeia, nem com a incapacidade social”. BARBOSA, Ruy. *Obras Completas de Ruy Barbosa*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1987, v. II, t. II, p. 43.

<sup>117</sup> Maria Cláudia Buchianeri Pinheiro organiza com clareza como a crença se forma e se projeta ao redor de quem crê, de modo que para que haja realmente liberdade de crença, em que haver liberdade para a expressão dos argumentos que levam à convicção religiosa e a possibilidade de buscar esta informação. “ Ou seja, a adoção de um conceito de liberdade material da crença funda-se na ideia de que, para que a escolha em matéria de fé e para que a formação de uma convicção religiosa sejam livres, é preciso que elas se deem num contexto de livre mercado de ideias religiosas, no qual as crenças disputem em pé de igualdade e divulguem suas doutrinas de modo ampliado, isentas, portanto, de qualquer interferência capaz de ser gerada por uma postura estatal de identificação ou de preferência em matéria religiosa. A liberdade de crença, ainda, para que seja

destinadas ao compartilhamento e divulgação da crença com outros e no próprio modo de viver e agir de cada indivíduo convicto que se projetará a crença no dia a dia da realidade social, demandando os direitos de liberdade religiosa para que haja um cidadão pleno.

A nossa Constituição é resultado de um movimento moderno de valorização dos limites impostos ao Estado por justificativas que fundamentam o indivíduo como fim, e não mais meio, posicionando a “inviolabilidade” como demarcação à violação do direito de pensamento e opinião no despertar para a formação individual da crença. Isso nada mais é do que a reprodução dos limites que foram sendo estabelecidos na luta pelo reconhecimento do direito ao dissenso e à discordância, formados por convicções contrárias ao poder supraespiritual monopolizador da época, que era a Igreja.

O inglês John Locke, considerado o pai do liberalismo e grande influenciador dos *Founding Fathers* (Pais Fundadores) nos Estados Unidos, inclusive com sua compreensão sobre liberdade religiosa, foi insistente em colocar esta liberdade em posição, por assim dizer, sagrada, tamanha era a ênfase dada ao respeito para com a convicção interna do Homem diante do governo civil, dizendo que mesmo que se “confisque os bens dos homens, aprisione e torture seu corpo: tais castigos serão em vão, se se esperar que eles o façam mudar seus julgamentos internos acerca das coisas”<sup>118</sup>. Será tão somente a convicção esclarecida sem imposição por força que contará como válida no lidar com pessoas livres, já que “as penalidades, porém, não são de modo algum capazes de produzir tal crença. O esclarecimento é necessário para mudar as opiniões dos homens, e o esclarecimento de modo algum pode advir do sofrimento corpóreo”.<sup>119</sup>

Locke, cioso e maduro a seu tempo com relação aos motivos e resultados das recém ocorridas Guerras de Religião na Europa, expôs com grande propriedade os limites necessários para que o Estado pudesse se relacionar com seus cidadãos, no âmbito espiritual.

Comprendemos precisamente ser a liberdade de crença e de consciência distintas entre si, como nos ensina Branco, Coelho e Mendes: “as liberdades de consciência e de

---

concretizada em sua inteireza, demanda, por igual, a consagração da garantia fundamental da objeção de consciência, pois somente se pode cogitar numa real liberdade de crença (ou descrença) se desta particularizada escolha não resultar qualquer sanção”. PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. *A separação Estado-Igreja e a tutela dos direitos fundamentais de liberdade religiosa no Brasil*. 2007. 320f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 15.

<sup>118</sup> LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Coleção Os pensadores), p. 12.

<sup>119</sup> LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Coleção Os pensadores), p. 12.

religião estão reconhecidas pelo constituinte. Conquanto uma e outra se aproximem em vários aspectos, não se confundem ente si”.<sup>120</sup>

Contudo, embora tais liberdades não se “confundam entre si”, não há qualquer validade em uma distinção entre elas que não seja puramente quanto à extensão, pois ambas são geneticamente gêmeas. A distinção se dá, não por sua natureza, mas por seu uso. Apresentam essencialmente o mesmo *locus* no indivíduo e mesma necessidade de proteção do Estado, não havendo como proteger mais uma do que outra, do mesmo modo que seria igualmente impossível não proteger uma sem que a outra não venha a sofrer vulneração imediata como consequência.

Lembrando a lição já citada de Afonso da Silva que, assim como outros doutrinadores ao lecionar liberdade religiosa, entende que “sua exteriorização é forma de manifestação do pensamento”.<sup>121</sup> Pensamento aqui com conteúdo semântico similar ao de consciência, embora distintos em sua extensão, ambos refletem por natureza o “exercício das competências morais e racionais dos indivíduos”. É por essa razão que a liberdade de crença, ao lado da liberdade de consciência e pensamento, ocupa “um lugar central no esquema de liberdades básicas adequado à estruturação justa de um regime democrático”.<sup>122</sup>

Podemos entender, então, o quão importante é a liberdade de crença (para fins religiosos) para com a liberdade de consciência (fins não religiosos), sendo esta tributária para com aquela, provocando no desenrolar da era moderna princípios de libertação da consciência das amarras espirituais e temporais<sup>123</sup>.

Assim, a liberdade de consciência e pensamento “tem que ver com a faculdade de o indivíduo formular juízos e ideias sobre si mesmo e sobre o meio externo que o circunda. O Estado não pode interferir nessa esfera íntima do indivíduo, não lhe cabendo impor concepções filosóficas aos cidadãos”.<sup>124</sup> Entendemos completamente válido para consciência o que seria válido para a liberdade de crença. A natureza de ambas é a mesma.

---

<sup>120</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 412.

<sup>121</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013, p. 250

<sup>122</sup> MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p.163.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 53-54.

<sup>124</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 413.

A própria Constituição quanto à satisfação jurídica dá a entender como amparando os direitos de crença e consciência em sua natureza comum, pois assim é que se desenvolveram ao longo do constitucionalismo moderno. O inciso VI do artigo 5º da Lei Maior não faz qualquer diferença entre a natureza de ambas, qualificando a crença e a consciência como igualmente “invioláveis”. E depois, no inciso VIII do mesmo artigo, ao propor a solução de prestação alternativa, continua a Constituição a não realizar qualquer distinção de natureza, tão somente distinções de extensão ou de uso.

Protege-se aqui as ações que, derivadas dos atributos morais e racionais do homem, venham de encontro com alguma determinação legalmente imposta a todos. Não havendo na atitude ou ação finalidade puramente criminoso ou contra liberdade de terceiro, é um imperativo ao Estado promover uma alternativa ao indivíduo ou ao coletivo diferenciado, devido ao direito constitucional de crença.

Perceba que no inciso VIII o termo secular “consciência” é substituído por “convicção filosófica ou política” que, junto à crença, formam os grandes grupos de “competências morais e racionais dos indivíduos”. Ou seja, nestes três grandes grupos “crença, convicção filosófica e convicção política”, resumidamente, residem o foco das indagações e escolhas dadas somente ao gênero humano. É aqui que nos tornamos diferentes de todos os demais seres viventes. E é por causa dessa diferença que temos “dignidade”.

É justamente por isso que quando quer que surja obstáculos à realização de nossa dignidade, é mandamento constitucional brasileiro que haja uma solução por meio “de prestação alternativa, fixada em lei”.

### **3.3.2 Liberdade de expressão**

As liberdades de crença, consciência e pensamento carecem da devida tônica de sua importância e compreensão, tendo em vista que são os pressupostos da concretização dos indivíduos em sua personalidade e das sociedades políticas modernas. São esses atributos fundamentais que permitem que as pessoas alcancem plenitude de sua existência, e os cidadãos, plenas condições de exercícios de suas potencialidades sociais. E isto se concretiza por meio da liberdade de expressão.

Fato é que a liberdade de consciência, em sua forma já corporificada, toma a conformação da liberdade de expressão, sendo esta basilar a qualquer sistema democrático constitucional que vise manter a real participação e atuação inclusiva de todos, seja na vida pública, seja no exercício particular de suas liberdades fundamentais. “A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática”, senão o mais importante, pois “a Democracia somente existe a partir da consagração do pluralismo de ideias e pensamentos, da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo”.<sup>125</sup>

Sem a liberdade de expressão não há a efetiva possibilidade de buscar as verdades para si e para sociedade. Sem esta liberdade não há possibilidade da vida plena no sentido moderno, seja no plano individual ou no plano comunitário<sup>126</sup>.

É a liberdade de opinião (símile em natureza à liberdade de expressão) aquela que vocaliza todas as demais e se presta instrumentalmente a servir como meio para que qualquer outra liberdade venha a se fazer conhecida e reconhecida pelo modo unicamente humano, ou seja, a expressão de ideias racionalmente produzidas. “Por isso é que a doutrina a chama de liberdade primária e ponto de partida das outras. Trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha”<sup>127</sup>, seja em favor de uma conclusão individual, posição pública ou quanto a algo que crê como verdade.<sup>128</sup>

Como bem delimitado por Branco, Coelho e Mendes em outra oportunidade, “a plenitude da formação da personalidade depende de que se disponha de meios para conhecer a realidade e as suas interpretações, e isso como pressuposto mesmo para que se possa participar de debates e para que se tomem decisões relevantes”.<sup>129</sup>

---

<sup>125</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 118.

<sup>126</sup> “Liberdade de pensamento em si mesmo, enquanto o homem não manifesta exteriormente, enquanto o não comunica, está fora de todo poder social, até então é do domínio somente do próprio homem, de sua inteligência e de Deus. (...) O homem porém não vive concentrado só em seu espírito, não vive isolado, por isso mesmo que por sua natureza é um ente social. Ele tem a viva tendência e necessidade de expressar, e trocar suas ideias e opiniões com os outros homens, de cultivar mútuas relações, seria mesmo impossível vedar, porque fora para isso necessário dissolver e proibir a sociedade”. BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça/seviço de documentação, 1958, p. 384 – 385.

<sup>127</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013, p. 243.

<sup>128</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013, p. 243.

<sup>129</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 360.

A professora Monica Caggiano enaltece a liberdade de expressão (opinião) como o meio pelo qual a fiscalização da autoridade é mantida na democracia e esta, por sua vez, legitimada, pois “em verdade, a legitimação do poder político nas democracias requer, de fato, o suporte da opinião pública”.<sup>130</sup>

A liberdade de crença e consciência, por sua vez, são a causa da liberdade de expressão, e as conquistas das mesmas via liberdade religiosa garantiu a abertura para o reconhecimento e concretização da crença e da consciência como realidades indispensáveis para a realização individual e política no ocidente. Estas liberdades retroalimentam-se, a liberdade religiosa é princípio fundamental fruto da liberdade de crença e consciência, ao mesmo tempo que a plena liberdade jurídica de crença e consciência são possíveis plenamente quando devidamente garantida a liberdade de expressão. A liberdade de expressão é, portanto, uma liberdade fundamental de caráter instrumental, seja para a liberdade de crença, seja para a liberdade de consciência ou pensamento, seja ainda para todas as demais liberdades e direitos fundamentais que carecem do instrumento da expressão para tornarem-se realidade.

A Constituição, sabiamente, estabeleceu o inciso IX do artigo 5º, garantindo que a todos “**é livre a expressão** da atividade intelectual, artística, científica **e de comunicação**, independentemente de censura ou licença” (grifo nosso). Assim, somado ao inciso VI que proclama a “inviolabilidade das liberdades de crença e consciência”, houve maior detalhamento da Lei Fundamental do significado desta “inviolabilidade”, afirmando-se que a liberdade de religião e de crença não haveria de ser censurada ou limitada previamente.

Pode parecer que a Carta, ao estipular as liberdades de expressão, aparentemente ofereça proteção apenas aos tipos de expressão i) intelectual, ii) artística, e iii) científica, mas podemos incluir neste dispositivo a liberdade religiosa, uma vez que o constituinte, propositalmente, deixou em “aberto” a todas as demais formas de liberdade de expressão a de iv) comunicação, resguardando aqui todo o universo de possibilidades de expressão cabíveis pelo gênero humano. Reside na liberdade de expressão do tipo ‘comunicação’, as liberdades de expressão religiosa, por meio da divulgação de conteúdo religioso,

---

<sup>130</sup> CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Democracia x constitucionalismo: um navio à deriva*. Cadernos de pós-graduação em direito: estudos e documentos de trabalho / comissão de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 1, p. 2011. São Paulo: Manole Editora, p. 10.

proselitismo, “opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”.<sup>131</sup>

A liberdade de expressão é ao mesmo tempo a concretização da liberdade de crença (e de consciência) e o meio para sua efetivação permanente. Por meio da fala e de todas as formas de mídia, efetiva-se a liberdade de comunicação como registrada na alínea iv do inciso IX. A liberdade de expressão é o instrumento da liberdade de crença (e consciência) de fazer valer a busca e defesa da verdade em meio ao mercado de ideias religiosas.<sup>132</sup>

Liberdade de expressão será o meio da comunicação da crença, estabelecida por processo de convicção interior. Essa conclusão é relevante, pois a convicção (na maioria das vezes) só se desencadeará quando não houver obstrução à divulgação do conteúdo e o respectivo acesso à informação religiosa.

Foi justamente deste modo que dentro da história do desenvolvimento da liberdade religiosa, a liberdade de falar e a de informar tiveram parte fundamental. Até a quebra do monopólio religioso, por determinação da Igreja era extremamente restrito o acesso à informação por meio da proibição da leitura de certos livros, em particular a Bíblia (após o início da Reforma, no concílio de Trento, houve também elaboração de uma lista de livros considerados impróprios e, por isso, proibidos, chamada de *index librorum prohibitorum*), ou pela proibição de uso do vernáculo dos cidadãos nas missas, unicamente celebradas em latim, idioma completamente estranho aos fiéis.

Nestas circunstâncias, as críticas religiosas feitas ao *status quo* da Igreja medieval só passou por assimilação e formação de partidários dessas ideias críticas via convencimento proporcionado principalmente pela revolucionária tecnologia da imprensa recém desenvolvida por Johannes Gutenberg. A famosa frase de Jesus, o líder dos Cristãos, “conhecereis a verdade, e a verdade vos libertará”<sup>133</sup> tomou então consequências práticas na

<sup>131</sup> Parte final do artigo 19 da Declaração Universal de Direitos Humanos: “Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso 21 dez. 2018.

<sup>132</sup> “Qualquer tentativa particular ou estatal de impedir o acesso ao mercado de ideias, incluindo as religiosas, produzirá cidadãos alienados e inconscientes, resultando inevitavelmente no desmoronar da democracia moderna voltada à defesa da verdade progressiva, atingível pela consciência informada de seus representados e representantes”, p. 120. Cf. também: ROCHA, Paschoal Silveires Baptista Gomes da; LIMA, Marco Aurelio Brasil. Proselitismo religioso: um direito inconveniente. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*. Salvador, v. 4. n.1, p. 112-130, Jan./Jun. 2018.

<sup>133</sup> São João 8:32. BÍBLIA. *Bíblia de referência Thompson*. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: ed. Vida, 2005.

visão dos *religious dissenters*. Como nos relembra Miller e Huber, ao rememorar esse período da história na qual o pluralismo religioso tomou vigor na Europa,

A grande diferença entre Lutero e os reformadores anteriores é que Lutero teve acesso à recém-inventada tecnologia de impressão de Gutenberg. Lutero poderia publicar sua mensagem de forma barata em livros e panfletos e, então, distribuí-la a centenas de milhares de pessoas. Mais importante ainda: ele pôde publicar a Bíblia na língua do seu próprio povo, de forma que as pessoas podiam ver, por si mesmas, que muitos líderes eclesiásticos distorciam a mensagem bíblica.<sup>134</sup>

A liberdade de expressão e os direitos derivados sempre estiveram em simbiose indissociável com a existência da liberdade religiosa e de crença, como já mencionado. Sendo a liberdade de consciência de igual natureza que a de crença, é plenamente pertinente que ambas historicamente provoquem a manutenção da liberdade de expressão com a finalidade de realização da plenitude individual e do Estado moderno. Não é por menos que autores irão dizer que a fundamentação dos direitos essenciais humanos e do estado democrático de direito tenham sua dinamização com o movimento pela liberdade religiosa.<sup>135</sup>

A ordem democrática brasileira não se satisfaz com a intolerância ou a mera tolerância ao direito de expressão. Só a liberdade, no sentido mais concretizável do termo, torna plena a ordem constitucional democrática de direito. Plena liberdade nesta ordem é diretamente relacionada à responsabilidade. Livre será sempre que responsável é. “E, no mais, se houver exageros no seu uso, que incidam as normas corretivas, pois o direito possui instrumentos para estancar tais abusos”.<sup>136</sup>

Contudo, tal responsabilização do indivíduo pelo uso de sua liberdade não dá ao Estado o direito de se interpor como juiz ou policial aprioristicamente na liberdade de expressão. E mesmo quando necessário fazê-lo, deve se ausentar de julgar o conteúdo da crença religiosa, mas se deter sobre as matérias laterais ou reflexas. Do contrário é autoritarismo do poder público. Podemos inferir tal entendimento do Supremo Tribunal

---

<sup>134</sup> HUBER, Robert V., MILLER, Stephen M. *A bíblia e sua história: o surgimento e o impacto da bíblia*. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2006, p.160.

<sup>135</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.4; e MACHADO, Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 53-54.

<sup>136</sup> ROCHA, Paschoal Silveira Baptista Gomes da; LIMA, Marco Aurelio Brasil. *Proselitismo religioso: um direito inconveniente*. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*. Salvador, v. 4. n.1, p. 112-130, Jan./Jun. 2018, p. 125.

Federal brasileiro de acordo com o plenário ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.130 sob relatoria do ministro Carlos Ayres Britto que, embora não tenha julgado liberdade religiosa *strictu sensu*, entendeu os argumentos instrumentais da liberdade de expressão muito válidos para adequar a postura do Estado a toda forma de expressão. Vejamos.

Assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação *latu sensu*, sem o que não se tem o desembaraçado trânsito das ideias e opiniões, tanto quanto da informação e da criação (...). Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988 prevê para o “estado de sítio” (art. 139), o poder público somente pode dispor sobre matérias lateral e reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que **quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja**. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos ou jornalistas. As matérias reflexamente de imprensa, suscetíveis, portanto, de conformação legislativa, são as indicadas pela própria Constituição, tais como (...) regulações estatais que, sobretudo incidindo no plano das consequências ou responsabilizações, repercutem sobre as causas de ofensas pessoais para inibir o cometimento dos abusos de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção de interesses privados em face de eventuais descomedimentos da imprensa (justa preocupação do ministro Gilmar Mendes), mas sem prejuízo da ordem de precedência a esta conferida, segundo a lógica elementar de que não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso. Ou, nas palavras do ministro Celso de Mello, “a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público”.<sup>137</sup>

Compreendemos que a liberdade de manifestação do pensamento e de informação julgado em plenário no STF, muito pertinentemente se acomoda aos direitos de pensamento e informação de liberdade religiosa, não só por comungarem dispositivos constitucionais comuns, mas também por dividirem igual natureza jurídica e lugar de proteção constitucional.

Válido é ressaltar que as mesmas observações feitas aqui caberiam perfeitamente a qualquer tentativa estatal de silenciar aprioristicamente a liberdade religiosa de expressar e se informar a respeito de preceitos de religião e crença em nossa sociedade.

Neste sentido que não há melhor resumo à questão que as conclusões do julgado acima: “não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso”. Por fim, se o Estado, então, permitir que o temor e o medo façam valer limitações em antecipado ou fundadas em leituras

<sup>137</sup> Supremo Tribunal Federal. ADPF no 130, de 2009, p.8-9.

do mérito intrínseco à intimidade religiosa de cada indivíduo<sup>138</sup> do que pode ou não ser expresso, com o tempo restará nada mais que “a expressão odiosa da face autoritária do poder público”.

### 3.3.3 Objeção de consciência

O direito de escusa de consciência é a essência da conclusão principiológica baseada na dignidade humana. Somos dignos porque temos, como humanos, a capacidade única de reconhecer nossa existência, interpretá-la e definir quanto ao significado que queremos para com ela, e assim assumir atitudes que sejam coerentes com a mundividência escolhida.<sup>139</sup> A dignidade está em ser capaz de conscientemente escolher e ser responsável pelas próprias escolhas, mister esse apenas encontrado na espécie humana.

O princípio da liberdade religiosa que surge e se efetiva na salvaguarda da multiplicidade das confissões apoia-se na dignidade humana, que na visão ocidental cristã tem no homem a imagem e semelhança de Deus (*imago dei*), portanto, como Deus, tem a faculdade “divina” de escolher. No discurso teológico-confessional cristão esta faculdade do ser humano é chamada livre-arbítrio, e é expressa no diálogo relatado entre Deus e o primeiro homem criado, quando O Criador relata à criatura sua plena liberdade de escolha entre o bem, que gera vida eterna (vontade divina para o homem), e o mal, que resulta em morte eterna (contrário à vontade divina para o homem).<sup>140</sup>

Essa consideração é proposital para ressaltar a contribuição para com a liberdade religiosa advinda da concepção cristã de que Deus dá ao homem a liberdade de escolher uma concepção de mundo que venha a contrariar a vontade divina. Mesmo sendo o Deus judaico-cristão suficientemente capaz de reduzir a vontade e escolhas humanas na conformação das

---

<sup>138</sup> MACHADO, Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 224.

<sup>139</sup> “A liberdade de consciência ou de pensamento tem que ver com a faculdade de o indivíduo formular juízos e idéias sobre si mesmo e sobre o meio externo que o circunda”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.413.

<sup>140</sup> Gênesis 2: 16-17. BÍBLIA. *Bíblia de referência Thompson*. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: ed. Vida, 2005: “Ordenou o Senhor Deus ao homem, dizendo: De toda a árvore do jardim comerás livremente, mas da árvore do conhecimento do bem e do mal, dela não comerás pois no dia em que dela comeres, certamente morrerás”.

suas ordens, restringiu-se arbitrariamente a impor às suas criaturas racionais uma concepção de mundo e, ao contrário, mesmo sendo onipotente para tudo e todos, respeita a decisão humana e ainda se torna mantenedor de tudo que os seres criados careçam para que vivam de acordo com suas próprias vontades e escolhas, mesmo que contrárias ao expressamente desejado por Deus a suas criaturas.<sup>141</sup>

É neste sentido, provavelmente, que Georg Jellinek compreendeu *latu sensu* a contribuição religiosa ao sistema de direitos fundamentais, uma vez que, em essência, a liberdade de escolha é uma concessão divina que ordena a relação entre homem e Deus. Para Jellinek “a ideia de consagrar legislativamente os direitos inalienáveis e invioláveis, os direitos naturais do indivíduo, não é uma ideia de origem política, mas, sim, uma ideia de origem religiosa”.<sup>142</sup> Sendo a liberdade de escolha algo tão sagrado, não cabe a outros homens impor como deve ser a escolha religiosa de alguém, já que nem Deus o faz. É uma tremenda contribuição à conceituação e concretização da noção de consciência individual e toda sua centralidade para com o constitucionalismo.

No mundo dos homens esse princípio se incorporou nas estruturas jurídico-políticas como o direito de objeção de consciência. A objeção de consciência é incorporada pelo discurso jurídico-constitucional a partir da leitura que o ocidente tem da dignidade humana, e será tomado não apenas em sua vertente religiosa, mas em sua acepção universal de condutas resultantes da aptidão natural humana de ser livre para pensar e crer de acordo com a convicção obtida em âmbito racional da consciência, abrangendo, assim, “quaisquer adstrições colectivas que contendam com as crenças e convicções”.<sup>143</sup>

É neste exato diapasão que a Constituição brasileira posicionou a objeção ou escusa de consciência, garantido no artigo 5º, inciso VIII da Constituição Federal e que será, nesta altura, para nós, de grande valia retomar seu texto, como elaborado pelo constituinte:

Ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de

---

<sup>141</sup> Tal relato da criação do Homem, a concessão de sua liberdade dada por Deus e sua final escolha por uma vida contrária à vontade de Deus pode ser encontrado na leitura de Gênesis capítulos 1,2 e 3.

<sup>142</sup> JELLINEK, Georg. *A declaração dos direitos do homem e do cidadão: contribuição para a história do direito constitucional moderno*. Organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. Coleção Clássicos do Direito, v. 2. São Paulo: Atlas, 2015, p. 88.

<sup>143</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. 4, p. 417. Moraes assente com a mesma compreensão de generalização da escusa de consciência. MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 126.

obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.<sup>144</sup>

Este belo dispositivo, em termos jurídicos, parte do reforço do princípio de igualdade, fundamental em uma democracia, em dizer que todos, igualmente, devem sempre ter direitos (contrário senso de “ninguém será privado de direitos”). Em seguida, o constituinte adiciona a justificativa pela qual “ninguém será privado de direitos”, e esta justificativa é o próprio princípio da dignidade humana, pois estabelece que nenhum produto da liberdade de crença, pensamento e consciência (crença religiosa, convicção filosófica ou política) será usada pelo Estado como óbice ao desfrute das liberdades “da pessoa humana como um ser em busca da autorrealização, responsável pela escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades.”<sup>145</sup>

Nos interessa ressaltar aqui a potencialidade da extensão deste direito. A escusa de consciência abrangerá todas as esferas humanas que tiverem por objeto a satisfação da plenitude do indivíduo-cidadão. Neste sentido, irá partir de todos os planos de justificativas religiosas, filosóficas e políticas, concretizando-se em múltiplas condutas possíveis no dia a dia resultantes de decisões morais e intelectuais de condutas diversas por parte de cada um.

Neste sentido, ao falarmos de objeção de consciência haveremos tantas possibilidades de condutas escusáveis quanto houver as liberdades de escolha no campo da realização humana. A Lei Maior já se adiantou em constitucionalizar umas dessas consequências concretas a respeito da escusa em situações de prestação de serviços militares. Neste caso, o artigo 143, §1º, impôs que o artigo 5º, VIII, deve prevalecer até mesmo no âmbito militar, em tempo de paz, aceitando o direito de objeção do indivíduo.<sup>146</sup>

---

<sup>144</sup> Artigo 5º, inciso VIII da Constituição Federal.

<sup>145</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 359.

<sup>146</sup> Fazemos ressalva ao artigo 143, §1º da Constituição brasileira ao limitar o direito de prestação alternativa por escusa de consciência no âmbito militar apenas em tempos de paz. Entendemos haver aqui ruptura principiológica de liberdade religiosa e de crença tal como determinado pelo inciso VI e VIII do artigo 5º. Entendemos que o direito de objeção dos cidadãos por motivação de crença nas forças armadas deva ser mantido ainda que em tempo de guerra, dando ao cidadão a possibilidade de prestação alternativa como previsto no inciso VIII do artigo 5º. Entendemos que em nenhum momento a satisfação da liberdade de crença e consciência haveria por colocar em risco a soberania Estatal ou criar espaços para desertores oportunistas. Exemplo disso é o Military Service Selective Act (Ato do Serviço Militar Obrigatório) dos Estados Unidos que prevê a objeção de consciência para seus cidadãos por motivo religioso profundamente arraigado em sua visão de mundo, mesmo em tempo de guerra. E, ainda, possibilita que o serviço alternativo seja prestado como não combatente nas dependências das forças armadas. Muito interessante é que se ainda assim houver violação da religião do candidato, poderá este realizar por igual período serviços civis (não militares) que contribuam para

Deste modo, repete os termos do artigo 5º, dizendo que qualquer cidadão que apresentar objeções de crença, política ou filosófica deverá ter respeitado o seu foro íntimo. Nestes termos, foi elaborada a lei 8.239 de 1991, reforçando o preceito no plano infraconstitucional, aumentando o nível de detalhamento e concretude prática.

Contudo, como já reforçado, não será apenas no aspecto do serviço militar obrigatório que haverá respeito ao direito de objeção. A Constituição acompanha a tradição constitucionalista de tomar o indivíduo em sua integralidade, permitindo por meio do Estado a sua realização. Assim, a objeção religiosa será respeitada pelo Estado, e as demais que recaírem em outros âmbitos da vida terão também amparo estatal na solução por prestação alternativa. É o que deixa expresso a última parte do inciso VIII do artigo 5º, que apresenta que, em caso das demais situações em que venham surtir conflito entre o cumprimento de um mandamento estatal e um preceito de crença, de convicção política ou filosófica, deverá haver respeito pelos preceitos íntimos dos cidadãos oportunizando que eles cumpram “prestação alternativa, fixada em lei”.

---

com as necessidades nacionais de saúde, segurança e outros, satisfazendo assim a demanda do serviço alternativo ao serviço militar obrigatório. Como é notório a todos, os EUA, a nação mais militarizada do mundo presente em conflitos armados por todo o globo, até hoje nunca sofreu qualquer revés militar por observar e garantir em tamanha extensão a liberdade religiosa no direito de objeção de consciência. Muito pelo contrário, mantém suas atividades militares com efetivos constantes com respeito ao direito de crença de seus cidadãos, mantendo a soberania do Estado ao mesmo tempo que respeita aqueles entre os seus cidadãos que não consigam conciliar a “obrigação legal a todos imposta” sem prejuízo definitivo a sua integralidade moral e intelectual. Segue texto original do Military Selective Service Act dos Estados Unidos, referente às “Pessoas que Conscientemente Posicionam-se contra a Guerra”: “(j) Persons conscientiously opposed to war: Nothing contained in this chapter shall be construed to require any person to be subject to combatant training and service in the armed forces of the United States who, by reason of religious training and belief, is conscientiously opposed to participation in war in any form. As used in this subsection, the term "religious training and belief" does not include essentially political, sociological, or philosophical views, or a merely personal moral code. Any person claiming exemption from combatant training and service because of such conscientious objections whose claim is sustained by the local board shall, if he is inducted into the armed forces under this chapter, be assigned to noncombatant service as defined by the President, or shall, if he is found to be conscientiously opposed to participation in such noncombatant service, in lieu of such induction, be ordered by his local board, subject to such regulations as the President may prescribe, to perform for a period equal to the period prescribed in section 3803(b) of this title such civilian work contributing to the maintenance of the national health, safety, or interest as the Director may deem appropriate and any such person who knowingly fails or neglects to obey any such order from his local board shall be deemed, for the purposes of section 3811 of this title, to have knowingly failed or neglected to perform a duty required of him under this chapter. The Director shall be responsible for finding civilian work for persons exempted from training and service under this subsection and for the placement of such persons in appropriate civilian work contributing to the maintenance of the national health, safety, or interest”. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title50/chapter49&edition=prelim>>. Acesso em: 27 dez. 2018.

Mantendo a coerência principiológica para com a igualdade e dignidade da pessoa humana, há plena adequação do texto constitucional com a liberdade de crença e consciência e o seu vínculo prático e externo de conduta.

Quanto à lei que deve ser fixada contendo prestação alternativa quando surgir conflito entre o direito de crença e uma conduta resultante deste direito, afirma o constitucionalista Afonso da Silva que a lei deve “impor ao recusante prestação alternativa, que, por certo, há de ser compatível com suas convicções”<sup>147</sup>. A Constituição não autoriza fazer uma “lei” infraconstitucional para anular a liberdade de crença religiosa constitucional as custas de algum expediente antirreligioso ou contrário a uma confissão minoritária. Do contrário, seria profano para com a Constituição dizer que esta então anularia completamente o mandamento do inciso VI do artigo 5º, no qual deve-se observar a “inviolabilidade” do direito de crença, ao mesmo tempo que desse ao legislador o poder de anular o direito fundamental tão enfaticamente declarado pela Carta.

Ora, seria de incoerência absoluta ou hipocrisia que a Lei Fundamental brasileira, após se estabelecer nas bases da igualdade e dignidade da pessoa humana, houvesse por afirmar a “inviolabilidade à liberdade de consciência e crença”<sup>148</sup> sem que pudesse haver concretização desta liberdade, inviolável, no plano da ação, da conduta. Eis que o inciso VIII do mesmo artigo caminha dentro de uma ordem sistemática de respeito sagrado às concepções de foro íntimo de seus cidadãos, ordenando ao Estado que a ninguém houvesse de excluir dos direitos da comunidade política, devendo este fazer diferenciação para acomodar os objetores via lei.

Ao assim fazer, deixou o constituinte claro que a opção constitucional não haveria de abarcar mero compromisso de aparências com as liberdades dos seus cidadãos. Não há aqui a permissão para que em quaisquer situações políticas geradoras de incômodo ao Estado venha este usar de desculpa da impossibilidade de excepcionar a conduta diversa de origem religiosa, filosófica e política e eximir-se de proteger a “inviolabilidade de crença e consciência”, como muito ocorreu e ocorre em países que apenas formalmente dizem defender a liberdade religiosa e os direitos individuais de consciência e pensamento<sup>149</sup>.

---

<sup>147</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013, p. 244.

<sup>148</sup> Artigo 5º, inciso VI da CFRB de 1988. “É inviolável a liberdade de consciência e de crença (...)”.

<sup>149</sup> Interessante citar o exemplo histórico da União Soviética que nas constituições de 1936 e 1977, apesar de permitirem a liberdade de crença religiosa, consciência e liberdade religiosa de culto, não permitia que seus cidadãos tivessem objeção de consciência e crença. Muito pelo contrário, ainda que houvesse superficial

É com grande pertinência que Machado vocaliza os motivos constitucionais para defesa da objeção de consciência ao dizer que:

A liberdade religiosa não seria adequadamente tutelada se admitisse uma tão estrita como simplificadora bipolaridade entre crença (*belief*) e conduta (*action*), que resultasse numa generosa proteção da primeira e na desvalorização da segunda (...). A construção dogmática de uma teoria das restrições do direito à liberdade religiosa com base na distinção entre umas e outras teria como consequência a descaracterização do fenómeno religioso e a subversão completa, ou o esvaziamento, do programa normativo que a Constituição lhe faz corresponder<sup>150</sup>.

Como bem colocado por Machado, a adequação e acomodação entre os âmbitos da crença e da conduta resultam em plenitude para com o princípio da liberdade religiosa. O contrário disso seria total esvaziamento do princípio.

Aliás, importante destacar que na conjugação entre os incisos VI e VIII do artigo 5º da Constituição Cidadã há um desenho jurídico que grita a plenos pulmões a opção brasileira pela separação entre Estado-Igreja.

O inciso VI apresenta o plano teórico-jurídico da Constituição no qual afirma que não violará em nenhuma hipótese a liberdade de crença e consciência. Já no inciso VIII estabelece que tudo aquilo resultante no plano teórico da crença e consciência, que adentrar no campo da ação e conduta será acomodado pelo Estado por medida de lei.

Esta escolha brasileira de acomodação da liberdade religiosa garante que, quando corretamente observada, o Estado seja poupado de decidir qual crença é mais pertinente à comunidade constitucional ou não. Sempre que o Estado solucionar acomodação de crenças com conteúdo diversos e até mesmo estranho à maioria não precisará se despir da sua neutralidade no impedimento (mesmo que um impedimento parcial) das crenças simplesmente diferentes ou incômodas, ou seja, não precisará passar para o lado de lá do *wall of separation* e fazer análise do conteúdo da crença em conflito. Seguindo a solução proposta de “prestação alternativa” pela Constituição manterá o Estado a equidistância

---

proteção religiosa a União Soviética promovia perseguições duras por parte do regime comunista. Havia atos de fechamentos de igrejas, incentivo ao sentimento antirreligioso além de haver larga propaganda com o fim de proselitismo ateu. AZAROV, M.; YUREV, G. A juventude soviética e a religião. In: IWANOW, B. (Org.). *Religião na URSS*. Tradução de Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Dominus Editora, 1965, p. 281; e MOCH, J. *URSS*. Tradução de José Saramago. Lisboa: Publicações Europa-América, 1957, p. 81.

<sup>150</sup> MACHADO, Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 222-223.

necessária e a não identificação com nenhuma confissão, servindo a tudo e a todos de maneira neutra e laica, sem correr o risco de encorajar ou desencorajar qualquer conduta humana religiosa.

Caso ao Estado não houvesse claramente esta opção de acomodação por prestação alternativa poderia acabar, na prática, sendo um censor de quais crenças seriam aptas a existir no plano jurídico e, assim, impor desigualdade material à parcela da população que se vinculasse a esta crença. Também incorreria em desequilíbrio do mercado de ideias religiosas, uma vez que sempre que negasse acomodação de crença e condutas (em caso de não consecução do direito de prestação alternativa), estaria o Estado ao mesmo tempo desencorajando uma determinada crença e dando o beneplácito, implicitamente, para todas as outras que não estivessem subjugadas pelo fardo adicional de restrição de direitos. Como, em geral, as religiões e crenças beneficiadas nestas escolhas são as da maioria, haveria grande risco de excluir as minorias religiosas da comunidade constitucional devido à impossibilidade de exercício de suas crenças.

Em síntese, podemos expor, assim, a definição de objeção ou escusa de consciência como “o direito de recusar prestar determinadas imposições que contrariem as convicções religiosas ou filosóficas do interessado”<sup>151</sup>. Ainda, “a objeção de consciência consiste, portanto, na recusa em realizar um comportamento prescrito, por força de convicções seriamente arraigadas no indivíduo, de tal sorte que, se o indivíduo atendesse ao comando normativo, sofreria grave tormento moral”<sup>152</sup>.

Como desenvolvido até agora, podemos concluir que buscar conter a manifestação da liberdade de crença e de consciência seria o mesmo que buscar impedir o sagrado direito a estes aspectos, como já visto. Verdade é que, mesmo não havendo meios materiais de alcançar o íntimo do pensamento e crença, é possível, por instrumentos externos, impedir essas liberdades de existirem em sua plenitude. No ensinamento de Moraes, “proibir a livre

---

<sup>151</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013, p. 244. Neste mesmo sentido: MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

<sup>152</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.414. Em outro momento complementaré ainda os autores que “a atitude de insubmissão não decorre de um capricho, nem de um interesse mesquinho. Ao contrário, é invocável quando a submissão à norma é apta para gerar insuportável violência psicológica”. *Ibidem*, p.414.

manifestação de pensamento é pretender alcançar a proibição ao pensamento e, conseqüentemente, obter a unanimidade autoritária, arbitrária e irreal.”<sup>153</sup>

### 3.3.3.1 Objeção de consciência em seu aspecto incomensurável

Ao acolher o direito de escusa de consciência, a Constituição está satisfazendo o princípio da igualdade e da liberdade religiosa dentro da sistemática de aplicação de direitos fundamentais tal como assumido pelo constitucionalismo moderno e pelo Estado democrático de direito, que se justifica “como meio para que essas liberdades sejam guarnecidas e estimuladas – inclusive por meio de medidas que assegurem maior igualdade entre todos, prevenindo que as liberdades se tornem meramente formais”. Aliás, o Estado será justamente o espaço que, por determinação teleológica, funcionará “como instância de solução de pretensões colidentes resultantes dessas liberdades”.<sup>154</sup>

Nesta função estatal de solucionar conflitos entre liberdades fundamentais ou colisões entre estas e outros bens do Estado, devem os aplicadores do direito fazer uso destas oportunidades como momentos de aprofundamento e adensamento na concretização dos direitos fundamentais, solidificando um trajeto de estabilidade e compromisso para com os princípios que tornaram o mundo democrático liberal uma realidade, insuperavelmente mais fértil à vida e à dignidade humana, talvez como nunca antes ocorrido na história do mundo.

O desafio, contudo, é enorme, uma vez que em uma sociedade dinâmica e complexa como as que compõem os Estados modernos, surgirão situações difíceis de ordem prática, administrativa e econômica para realizar a sua concretização no dia a dia. Contudo devem ser acolhidas soluções que primem pelos princípios que garantam a todos os cidadãos as liberdades necessárias para manutenção de um espaço plural e inclusivo.

Fato é que, paradoxalmente, ao comprometer-se o Estado com a manutenção da Liberdade, e neste sentido promover o mais propício ambiente à espécie humana e às sociedades, terá por outro lado que abrir mão de raciocínios meramente utilitaristas que

<sup>153</sup>MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 118.

<sup>154</sup>BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 359.

visem o imediato e o resultado apenas material e econômico como elementos de cálculos para decisões promotoras das liberdades fundamentais.

É, por exemplo, sem cabimento que assumamos o retorno às práticas de tortura como meio de obter informações importantes, que, aliás, poderiam salvar incontáveis números de vidas que se perdem diariamente por falta de cooperação nas investigações policiais. Ou ainda, mesmo embora ilegalmente existente aqui e acolá, ninguém supõe que por razões de necessidade econômicas, digamos, visando redução de custos laborais e crises financeiras no país devamos abrir opções para empresas admitirem mão-de-obra escrava ou mesmo conceder que indivíduos saldem suas dívidas vendendo seus corpos como instrumentos de trabalho para terceiros.

A negação é imediata a tais restrições de liberdades fundamentais, pelo simples fato de que, com a maturidade que “graças a Deus” atingiu os sistemas jurídico-constitucionais ocidentais, há total repugnância na equiparação das liberdades fundamentais com qualquer justificativa utilitarista, pois o ser humano, embora dependente de bens e valores materiais, está imensamente acima de qualquer soma possível destes. É neste sentido que não há benefício marginal que possa satisfazer soluções de restrição à liberdade, quando entre esta e a sua satisfação, há apenas o esforço recíproco necessário da comunidade para incluí-la.

Na seguinte passagem observamos Machado em defesa da perspectiva do máximo respeito aos direitos fundamentais, como direitos não comercializáveis dentro da lógica constitucional do Estado democrático de direito:

Quando confrontadas com colisões entre direitos fundamentais ou entre estes e outros bens do Estado ou da comunidade, as instâncias aplicadoras do direitos não podem resvalar para um cálculo utilitarista e economicista devendo antes mover-se por considerações de princípio, de acordo com uma ideia de ponderação (*balancing*) dos diferentes direitos em colisão (*competing rights*) que conduza a uma situação compatível com a garantia, a todos os cidadãos, de um igual e adequado esquema de liberdades básicas. Ao comprometer-se na defesa de direitos morais dos indivíduos, a comunidade política renuncia *benefícios marginais* que poderia colher com a possibilidade da sua restrição indiscriminada.<sup>155</sup>

Em adição ao explanado por Machado, cabe perfeitamente, neste contexto, explorarmos a significativa contribuição do famoso caso *West Virginia State Board of*

---

<sup>155</sup> MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva: dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 414-415.

*Education v. Barnette*<sup>156</sup>, de 1943, no âmbito da interpretação que a 1ª Emenda constitucional dos Estados Unidos teve para com a liberdade religiosa e a objeção de consciência.

Este caso paradigmático alterou posicionamento anteriormente determinado pela Suprema Corte no caso *Minersville School District v. Gobits*<sup>157</sup>, de 1940, preservando a liberdade ao dissenso via expressão religiosa (ou genérica) mesmo ante ao que seria considerado unidade nacional e segurança estatal, em meio a famigerada Segunda Guerra Mundial.

Durante os períodos de guerra, por motivos de fervores patrióticos, havia recorrência por variados Estados americanos em impor obrigatoriamente aos cidadãos que fizessem saudações à bandeira americana, assim como juramentos de lealdade a ela, no caso, pelos alunos nas escolas públicas.

Os Testemunhas de Jeová objetaram em cumprir este mandamento por motivos religiosos, que no caso estariam em dissonância em saudar e jurar lealdade à bandeira, entendendo que este ato iria de encontro ao mandamento bíblico de não fazer imagens e nem se curvar a elas<sup>158</sup>. Em decorrência disso, muitos alunos desta religião recusaram-se a saudar a bandeira americana, havendo inúmeros casos de expulsão dos alunos pelo ato, considerado de delinquência, sendo seus pais processados e sofrendo ameaças dos oficiais no sentido de enviarem os alunos para reformatórios de correção de conduta. Em *Minersville School District v. Gobits*, a Suprema Corte Americana decidiu que as escolas públicas poderiam requerer a seus alunos que, compulsoriamente, saudassem a bandeira e jurassem lealdade a ela.

Três anos depois a mesma Suprema Corte mudou sua posição jurisprudencial no emblemático caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, reforçando as bases para a liberdade de crença, consciência e inviolabilidade da liberdade de opinião – *free speech clause*.

---

<sup>156</sup> SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/319/624>>. Acesso 28 abril. 2018.

<sup>157</sup> SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. *Minersville School District v. Gobits*, 310. U.S. 586 (1940). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/310/586/>>. Acesso em 28 dez. 2018.

<sup>158</sup> Êxodo 20: 4,5. BÍBLIA. *Bíblia de referência Thompson*. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: ed. Vida, 2005.

Fazendo uma madura leitura da necessidade coletiva naquela momento de guerra – unidade em torno do nacionalismo – o Juiz Jackson ponderou não somente em torno da liberdade formal do *free speech clause* ante a unificação compulsória das opiniões, mas recupera a razão última na qual a cláusula de liberdade de opinião e expressão foi colocada no *Bill of Rights*, sendo esta o mero fato de que nenhum sistema se manteve pela imposição compulsória dos pensamentos da comunidade. No máximo, afirmou o juiz, a unificação da opinião alcançaria apenas tanto sucesso quanto o número de covas que houvesse para enterrar os dissidentes<sup>159</sup>.

Aliás, a compreensão do relator Jackson para com o caso irá até a ideia de que é o povo (*we the people*), em quem reside o consentimento para o governo, a verdadeira fonte de autoridade. Nenhuma confusão deveria ser feita em torno disso, pois, disse o Juiz, “nós estabelecemos o governo pela autoridade dos governados, sendo que em nenhum momento a Declaração de Direitos autoriza que este consentimento seja pervertido por qualquer oportunidade daqueles no poder.<sup>160</sup>

Após resumir as inúmeras e infrutíferas tentativas de unificação da sociedade ao longo da história e ressaltando o princípio de autoridade do povo sobre o qual repousa a Constituição americana, alerta contra qualquer utilitarismo ou fim que busque a noção da formal igualdade que *decision makers* nos poderes estatais poderiam achar que adviriam de buscar um nivelamento na coerência das opiniões de todos, dizendo que “talvez não houvesse maior razão para a divisão de um povo do que tentar encontrar unificação por meio de uma doutrina que todos abracem compulsoriamente.” E continua afirmando que “nenhum

---

<sup>159</sup> “A futilidade última de tais tentativas de compelir à coerência está na lição de todos os esforços do gênero passando pela tentativa de Roma de eliminar o cristianismo como perturbadores de sua unidade pagã, a Inquisição como meio de unificar a religião e a política, os exílios na Sibéria como meio de formar uma unidade russa, até nossos dias com presentes esforços dos inimigos totalitários. Unificação compulsória de opinião só encontrará unanimidade no túmulo” (trad. nossa). “Those who begin coercive elimination of dissent soon find themselves exterminating dissenters. Ultimate futility of such attempts to compel coherence is the lesson of every such effort from the Roman drive to stamp out Christianity as a disturber of its pagan unity, the Inquisition, as a means to religious and dynastic unity, the Siberian exiles as a means to Russian unity, down to the fast failing efforts of our present totalitarian enemies. Compulsory unification of opinion achieves only the unanimity of the graveyard. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/319/624>>. Acesso 28 abril. 2018.

<sup>160</sup> “There is no mysticism in the American concept of the State or of the nature or origin of its authority. We set up government by consent of the governed, and the Bill of Rights denies those in power any legal opportunity to coerce that consent. Authority here is to be controlled by public opinion, not public opinion by authority”. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/319/624>>. Acesso 28 abril. 2018.

oficial, grande ou pequeno, pode prescrever o que é ortodoxo na política, no nacionalismo, na religião ou em outras questões de opinião”.<sup>161</sup>

As conclusões trazidas pelo caso *West Virginia State Board of Education v. Barnette* muito coopera para com o enfrentamento saudável aos desafios de implementação do direito de objeção de consciência, estabelecendo as prioridades e reforçando as justificativas para lidar com a concretização do direito. A escusa de consciência será sempre resultado de uma colisão entre “uma obrigação a todos imposta” e uma recusa individual “por motivo de crença religiosa, convicção filosófica ou política”.<sup>162</sup>

“Uma obrigação a todos imposta”, tal como no caso americano de saudação compulsória à bandeira, é uma obrigação sempre vista como necessária para a integração ou unificação de uma sociedade em torno de razões públicas. Saudar a bandeira americana e jurar fidelidade a ela era necessário para a unidade da sociedade em torno da ideia de segurança nacional. Esta é um bem público facilmente argumentado como fonte para impor qualquer demanda unificadora, sem permitir objeções de consciência como as do tipo religioso.

Contudo, a exemplo da decisão da Suprema Corte americana, se aprendermos historicamente que a manutenção das liberdades intelectuais e espirituais individuais podem manter a organização social integrada, então teremos como resultado uma diversidade que em muito excederá em vantagens, do que se tomássemos a decisão de contrariamente restringir as potencialidades excepcionais dos diferentes tipos de mentes humanas da comunidade. Entendido assim, “o preço a pagar nunca será grande”.<sup>163</sup>

A unificação de esforços é necessária em todas as sociedades. Contudo, se não formos capazes de acomodar os diferentes tipos de capacidades e exceções dentro das complexas necessidades de manutenção do corpo social, haveremos de, no fim, dividi-lo por completo, e aquilo que compulsoriamente nos poderia pretensamente trazer unidade, será o fim da mesma. Não é por menos que a Constituição brasileira, sabiamente, optou pela

---

<sup>161</sup> SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/319/624>>. Acesso 28 abril. 2018.

<sup>162</sup> Artigo 5º, inciso VIII da Constituição Federal de 1988.

<sup>163</sup> SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/319/624>>. Acesso 28 abril. 2018.

“inviolabilidade da liberdade de crença e consciência” e, ainda, criou o dispositivo de acomodação das diferentes capacidades movidas por distintas concepções de mundo em cada indivíduo.

A atenção final no tema de objeção de consciência é compreender que dificilmente haverá situações que não sejam *hard cases*, pelo simples motivo que a escusa sempre se posicionará no limite do que seria compreendido como liberdade. É aí que se faz necessário o dispositivo da “prestação alternativa”.

Por natureza, o direito de escusa consciente é profundamente motivado pela diferença. E claro, se essa diferença gera uma necessidade de se opor a um mandamento a todos imposto, é porque essa diferença incomodará a maioria. Neste pormenor, reforçamos que a Constituição brasileira suprimiu das limitações ao direito à liberdade religiosa sua adequação à “ordem pública e os bons costumes”.<sup>164</sup> Assim, não deixou espaço para que a liberdade de crença e consciência viessem a ser suprimidas por incômodos revestidos pelas expressões “ordem pública e bons costumes”. Pelo contrário, o único limitante ao direito de crença seria a “recusa por cumprir prestação alternativa”, fixada por uma lei, que fosse compatível com as convicções do indivíduo.<sup>165</sup>

Contudo, como colocou o Juiz Robert Jackson: “a liberdade para ser diferente não é limitada às coisas que pouco importam. Para estas, haveria apenas uma mera sombra de Liberdade. O teste para a real liberdade está no direito de ser diferente para com as coisas que tocam o coração da ordem existente.”<sup>166</sup>

Trazendo o conceito para as palavras do ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, como relator da ADPF 130, ao se posicionar favoravelmente à liberdade de expressão como liberdade inviolável em sua função de veicular sagradamente as ideias e pensamentos, disse: “não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso”, ou seja, não é pelo receio da acomodação do pensamento e da conduta diversa que se irá suprimir a ferramenta

---

<sup>164</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013, p. 228

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 244.

<sup>166</sup> No original: “But freedom to differ is not limited to things that do not matter much. That would be a mere shadow of freedom. The test of its substance is the right to differ as to things that touch the heart of the existing order.” SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/319/624>>. Acesso 28 abril. 2018.

da criatividade e diversidade que mantém as grandes sociedades existindo. E esta ferramenta é a liberdade de crer e pensar.

### 3.4 AS DIMENSÕES DA LIBERDADE RELIGIOSA

Passaremos agora à análise das dimensões da liberdade religiosa.

#### 3.4.1 O princípio da liberdade religiosa

Não há no sistema jurídico brasileiro disciplina explícita versando sobre a liberdade religiosa. Contudo, isso não significa que esta liberdade não seja garantida desde a Constituição e ordenada coerentemente por uma harmonia identificável na legislação em seus princípios e regras.

A liberdade religiosa é um princípio constitucional com algumas diferenças em comparação às regras. Canotilho muito bem nos orienta nesta distinção entre princípios e regras:

- a) *Grau de abstração*: os *princípios* são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as *regras* possuem uma abstração relativamente reduzida.
- b) *Grau de determinabilidade* na aplicação do caso concreto: os *princípios*, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador, do juiz), enquanto as *regras* são susceptíveis de aplicação directa.
- c) *Carácter de fundamentalidade* no sistema das fontes de direito: os *princípios* são normas de natureza estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito).
- d) *Proximidade da ideia de direito*: os *princípios* são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de *justiça* (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz); as *regras* podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.
- e) *Natureza normogénica*: os *princípios* são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras

jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.<sup>167</sup>

Como um princípio, a liberdade de religião terá maior grau de abstração, também será mais vago em sua determinação, sendo que, como todos os princípios, funcionará como padrões “juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça ou na ideia de direito”.<sup>168</sup> Em outras palavras, a liberdade religiosa funciona como referência de valor adotado constitucionalmente para ser acessado de maneira permanente na construção das normas, propiciando uma sociedade sempre inclusiva.

Em reforço, o princípio da liberdade religiosa terá sua relevância prática na medida que atua como elemento “estruturante ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou a sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: Estado de Direito)”.<sup>169</sup> E ainda, como pontua Canotilho, dos princípios fluem um aspecto de grandíssima relevância, pois a partir deles se fundamentam as regras jurídicas, estas últimas, normas que se aplicam mais diretamente ao caso concreto.

### **3.4.2 As três dimensões da liberdade religiosa**

Partiremos para a análise das três dimensões da liberdade religiosa.

#### **3.4.2.1 Liberdade religiosa interna e liberdade religiosa externa, individual e coletiva**

Como visto acima, acompanhamos a compreensão de que a liberdade religiosa é um princípio e como tal apresentará caráter de fundamento do ordenamento jurídico e também caráter normogenético. Ou seja, o princípio da liberdade religiosa é tanto o ponto

---

<sup>167</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 1160-1161. Neste mesmo sentido: Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 39.

<sup>168</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *op. cit.*, p. 1160.

<sup>169</sup> Idem.

de partida da lógica de toda a legislação no que compete aos direitos de religião, como também será a fonte (razão de ser) para que se elabore regras jurídicas coerentes com este princípio, e que sejam, portanto, constitucionais.

De modo geral, a doutrina compreende que o princípio da liberdade religiosa, que por definição carrega maior abstração e generalização, ao se tornar mais denso, é composto de dois grandes planos de concretização ou de efetivação prática ou, ainda, dois grupos-chaves de consubstanciação dos direitos de liberdade religiosa: 1º) plano interno, e o 2º) plano externo individual e coletivo, ambos cooperando para a materialização das regras jurídicas de caráter religioso.

Afonso da Silva se referirá aos dois planos da Liberdade, como sendo o interno e o externo. Interno porque “é o livre-arbítrio, como simples manifestação da vontade no mundo interior do homem. Por isso é chamada igualmente liberdade do querer”. Continua o autor explicitando que a partir da liberdade interior se concluirá a exterior, pois “a questão fundamental, contudo, é saber se, feita a escolha, é possível determinar-se em função dela. Isto é, se se têm condições objetivas para atuar no sentido da escolha feita, e, aí, se põe a questão da liberdade externa.” A liberdade externa por sua vez “consiste na expressão externa do querer individual, e implica o afastamento de obstáculo ou de coações de modo que o homem possa agir livremente”.<sup>170</sup>

É neste sentido que temos o mesmo entendimento nos documentos internacionais de direitos humanos, dos quais o Brasil é signatário, em particular o da Declaração Universal de Direitos humanos e o Pacto de San José da Costa Rica, que garantem tanto o direito interior de crença como a manifestação exterior do indivíduo e da coletividade religiosa. Assim, o plano interno se confirmará como protegido tanto quanto na medida que o plano externo da crença na vida do indivíduo e do grupo não sofra restrição estatal da conduta religiosa.<sup>171</sup>

O motivo para que a liberdade religiosa seja entendida a partir desses dois grandes planos de aplicação se dá por conclusão fática. A liberdade religiosa, assim como todas as outras liberdades apenas disponíveis aos seres humanos, tem sempre como ponto de partida

---

<sup>170</sup>SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013, p.233.

<sup>171</sup> Artigo 18 da Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU de 1948 e o artigo 12 da Convenção Americana Sobre direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica).

o pensamento e a consciência de cada indivíduo, razão de sua dignidade<sup>172</sup>. Contudo, ela só se perfará quando possível expandir-se externamente nas condutas diárias e nos abrangentes e múltiplos aspectos da existência humana que ocorrem fora do templo da mente.

O pensamento, por meio do qual toda a pessoa processa e constrói os juízos e ideias que tem de si próprio e do mundo, é esfera particular do indivíduo. Entretanto, é finalidade do Estado moderno, orientado por uma constituição com objetivos de satisfação da plenitude humana, assegurar e garantir que o pensamento, íntimo ao indivíduo, seja realizado no plano da ação<sup>173</sup>.

É por essa exata razão que a Constituição brasileira terá no artigo 5º, o inciso VI que garante a inviolabilidade da liberdade de crença e consciência, perfazendo o compromisso do Estado brasileiro com aquele “espaço sagrado” da pessoa de onde parte toda a significação mundividencial do indivíduo - referência aqui ao próprio âmbito individual interno – para então, uma vez estabelecido este compromisso constitucional com a dignidade humana, adentrar na garantia das concretizações (plano da conduta – individual e coletiva) da liberdade de crença e consciência, qual sejam, o direito de culto (inciso VI), de organização religiosa e o direito de externalização individual da crença assegurado mesmo em situações mais difíceis por meio da prestação alternativa (inciso VIII).

Assim, terá a liberdade religiosa a sua satisfação quando a partir do interior da consciência e pensamento, puder se concretizar no exterior, primeiro, na vida particular do indivíduo, e, segundo, na expressão coletiva de todos aqueles que juntos queiram expressar sua condição de crença. Partindo deste ponto é que Jorge Miranda aborda sobre esta realidade da liberdade religiosa e dirá que “tão pouco o fenômeno possui expressão meramente individual; ele é também um fenômeno comunitário”.<sup>174</sup> E mais, complementa o mestre português que “se o Estado, apesar de conceder aos cidadãos, o direito de terem uma

---

<sup>172</sup> Nas palavras de Canotilho: “a dignidade da pessoa humana exprime a abertura da República à ideia de comunidade constitucional inclusiva pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico. O exposto reconhecimento da dignidade humana como núcleo essencial da República significará, assim, o contrário de “verdades” ou “fixismos” políticos, religiosos ou filosóficos”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 225-226.

<sup>173</sup> “O Estado não pode interferir nessa esfera íntima do indivíduo, não lhe cabendo impôr concepções filosóficas aos cidadãos. Deve, por outro lado – eis um aspecto positivo dessa liberdade -, propiciar meios efetivos de formação autônoma da consciência das pessoas”. Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 418.

<sup>174</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. 4, p. 409.

religião, os puser em condições, que os impeçam de a praticar, aí não haverá liberdade religiosa”.<sup>175</sup>

#### 3.4.2.2 Dimensões subjetiva, coletiva e institucional da liberdade religiosa

Entendida a liberdade religiosa em suas duas grandes esferas de realização, as esferas interna e externa, individual e a coletiva, temos que ambas ainda podem se conjugar em uma maior concretização, explorada e entendida em três ramificações das quais se repetem na doutrina e que faremos uso como redução máxima possível para referência de todos os direitos de religião. Estarão tais direitos vinculados a estas três vertentes protegidas pela Constituição brasileira. Seriam elas a vertente subjetiva, coletiva e a institucional da liberdade religiosa ou, respectivamente, 1) liberdade de crença, 2) de culto e 3) liberdade de organização religiosa<sup>176</sup>.

De acordo com Afonso da Silva, a liberdade religiosa “compreende três formas de expressão (três liberdades): (a) a liberdade de crença; (b) a liberdade de culto; (c) e a liberdade de organização religiosa. Todas estão garantidas na Constituição.”<sup>177</sup> Branco, Coelho e Mendes também afirmarão ser a liberdade de religião veículo da “liberdade de crença, de aderir a alguma religião, e a liberdade do exercício do culto respectivo (...). Na liberdade de religião inclui-se a liberdade de organização religiosa”.<sup>178</sup>

Como salienta Afonso da Silva, todas essas vertentes concretizadoras do princípio da liberdade religiosa estão garantidas na Constituição.

---

<sup>175</sup> *Idem.*

<sup>176</sup> “O princípio constitucional da liberdade religiosa, em toda sua amplitude, compreende uma dimensão pessoal, uma dimensão social e uma dimensão organizacional. O que significa afirmar que a limitação deste princípio fundamental a apenas duas ou a uma de suas dimensões traduz, necessariamente, a amputação do conteúdo material da liberdade religiosa que, então, estará sendo violada em seu núcleo essencial.” PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. *A separação Estado-Igreja e a tutela dos direitos fundamentais de liberdade religiosa no Brasil*. 2007. 320f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 38.

<sup>177</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013, p. 250.

<sup>178</sup> Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 417.

### *3.4.2.2.1 Liberdade de crença*

A liberdade de crença, também chamada de subjetiva, circunscreve àquela que resguarda o âmbito humano intelectual e moral interior do indivíduo com a capacidade de definir sua visão de mundo no âmbito religioso. A Constituição faz clara menção desta liberdade no inciso VI do art. 5º, declarando como “inviolável a liberdade de consciência e de crença”, deixando claro que sua efetivação se dará por meio da garantia estabelecida com o instrumento da “prestação alternativa” do inciso VIII em casos de colisões entre a liberdade de crença e outros bens da comunidade. Tal prestação alternativa visa efetivar o núcleo essencial da liberdade de crença chamada de “objeção de consciência”.

Não deixa dúvidas a Lei Maior que este direito é reconhecido, assim como protegido em nível constitucional, estabelecendo referência interpretativa para toda legislação inferior com relação ao respeito e inviolabilidade deste direito.

Como realizações práticas da liberdade de crença, temos que o mínimo de condutas resguardadas dentro deste aspecto sejam: o direito de 1) escolher a religião, o direito de 2) aderir a qualquer crença ou religião, o direito de 3) mudar de religião, o direito de 4) não aderir a nenhuma religião e ainda, o direito de 5) descreer completamente, como ateu, ou expressar-se como agnóstico.

Um ambiente saudável para esta plena dinâmica de mudança e alterações da percepção no âmbito da crença carece que haja constante respeito aos diferentes credos, para que não venha o Estado a influenciar, moldar e orientar previamente a escolha religiosa. A sobrecarga sobre uma religião ou privilégios legais sobre outra, sem sombra de dúvida, desequilibrará a noção da liberdade de escolha no mercado de ideias religiosa dispostas a todos.

Temos também dentro do direito de crença aquele de não querer expressá-lo, abrangendo aqui todo o tipo de atestados ideológicos. Como exemplo dessa proteção, temos a Constituição Portuguesa de 1976, que sabiamente resguardou o direito de não ser constrangido a revelar crença ou religião adotada pelo cidadão. Em seu artigo 41º (3), declara

a Lei Maior portuguesa que “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”. E ainda, na mesma Carta, ao tratar sobre a utilização dos recursos tecnológicos da informática, estabelece limites do uso de dados digitais que contenham informação da escolha religiosa de alguém, proibindo a utilidade desses dados “salvo mediante consentimento expreso do titular, autorização prevista por lei com garantias de não discriminação ou para processamento de dados estatísticos não individualmente identificáveis”.<sup>179</sup>

Neste sentido, segue a afirmação de Pontes de Miranda de que “a liberdade de consciência é direito fundamental absoluto e supra-estatal. O direito de não-emitir o pensamento é absoluto e supra-estatal”.<sup>180</sup> Cabe ao Estado não adentrar na esfera individual da crença da pessoa, ainda que seja de modo transversal ou indireto e, ainda, deve a ordem jurídica, positivamente, proteger este âmbito íntimo do cidadão, como o faz a Constituição Portuguesa.

Por fim, o ambiente de liberdade de crença individual pode sim ser alterado, moldado, influenciado, condicionado e adequado conforme se posiciona o Estado frente à maior ou menor proteção isonômica entre os diferentes credos. Em geral, as religiões majoritárias de uma sociedade acabam por assumir contornos de “tradição histórica e cultural do país”, mascarando nesta concepção privilégios religiosos para estas crenças e restrição de práticas e condutas de vida para àquelas que representem fatia minoritária no espectro religioso.

#### 3.4.2.2.2 Liberdade de culto

A vertente da liberdade religiosa externa ao direito de culto está consagrada explicitamente pela Constituição no artigo 5º, VI, pelo qual, “é assegurado o livre exercício

---

<sup>179</sup> Constituição da República Portuguesa de 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art41>. Acesso em: 31 dez. 2018.

<sup>180</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 (com a emenda n.1 de 1969)*. 2ª ed. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1970, t. 4, p. 626.

dos cultos religiosos e garantida na forma da lei a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”.

A liberdade religiosa inicia seu itinerário de concretização com a liberdade de crença, em que o indivíduo passa a usufruir da externalização de sua convicção religiosa por meio de condutas e ações ainda na esfera individual, pois “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa”, e também como consequência da aplicação imediata de normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais<sup>181</sup>, quando ainda não houver sido concluída prestação alternativa fixada por lei.

Conduto, para que haja contínua coerência e satisfação em sentido da plenitude da liberdade de crença, cabe que a sua esfera individual possa expandir-se no sentido relacional, entre aqueles que comungam de mesmo pensamento e crença religiosa. Esta dimensão coletiva da liberdade religiosa concretiza-se na esfera comunitária com a satisfação da liberdade de crença exteriorizada no âmbito social.

E aqui se faz importante ressalva de que qualquer tentativa de restringir as manifestações de conduta no plano coletivo deverá ser reconhecida como limitação à liberdade religiosa, iniciada no âmbito individual do pensamento e consciência do indivíduo. Nada mais intrínseco à ideia de exercício religioso do que a noção do compartilhamento junto à coletividade da crença religiosa.

Entre outras práticas, o direito de culto, no entendimento de Canotilho, Mendes, Sarlet e Streck, abarca “condutas individuais ou grupais, tais como orações, certas formas de meditação, jejum, leitura e estudo de livros sagrados, serviços religiosos nos templos, homilias, pregações, procissões, sacrifícios rituais de animais.” E, obviamente, da liberdade de culto temos os seus desdobramentos em “inviolabilidade dos templos (lugares de culto ou de reuniões religiosas)”<sup>182</sup>.

---

<sup>181</sup> Artigo 5º, §1º, da Constituição Federal de 1988. Branco, Coelho e Mendes serão enfáticos em que os direitos fundamentais têm aplicação imediata. Em caso mesmo de não haver lei para satisfazer um direito fundamental como os derivados da liberdade religiosa, não haveria então escusas para acomodar uma conduta resultante da liberdade de crença, pois para estes casos aplicar-se-iam o parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal. “A falta de lei prevendo a prestação alternativa não deve levar necessariamente à inviabilidade da escusa de consciência; afinal, os direitos fundamentais devem ser presumidos como de aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º, da CF)”. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 414.

<sup>182</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. et al, coordenação científica; LEONCY, Léo Ferreira, Coodenação executiva. 1ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2014.p. 270.

A religião cristã, que particularmente teve papel fundamental na construção e efetivação do princípio da liberdade religiosa presente em nossa Constituição, é essencialmente uma religião em que o espaço coletivo e social é de grande importância desde sua origem. Disto não ser casualidade que o direito de culto seja particularmente um direito necessário para se concretizar a liberdade religiosa dentro da concepção ocidental.

Diferentemente de outras religiões, as religiões de matriz cristã, católica e protestantes, compreendem que a igreja, como corpo de membros unidos pelos compromissos comuns com os de Cristo, é o instrumento pelo qual se coopera o crescimento espiritual de cada indivíduo, assim como é também o instrumento pelo qual se opera coordenadas ações em prol da divulgação e promoção dos princípios e verdades atinentes ao “Reino de Deus”<sup>183</sup> (havendo tanto em um como em outro a operação do Espírito Santo para que haja efetivo sucesso).

Nada mais informativo desta concepção cristã quanto à noção social e relacional da religião do que as palavras do apóstolo Paulo<sup>184</sup> que sintetizam a ideia de igreja aplicando a metáfora do corpo para a igreja cristã, dizendo aos seus membros: “ora, vós sois o corpo de cristo e, individualmente, membros desse corpo”.<sup>185</sup> E outra vez, disse o mesmo apóstolo quando se referia a Cristo como o líder da igreja: “e ele é a cabeça do corpo, a igreja”.<sup>186</sup>

Em exemplo da importância do direito de culto na vida religiosa, temos o caso particular da Igreja Católica Apostólica Romana, a denominação majoritária no Brasil, para a qual o direito de culto e proteção aos templos e liturgia ocupa tamanha e imprescindível

---

<sup>183</sup> Cristo em momentos finais, antes de sua Ascensão, ordena a seus apóstolos e discípulos para que levem a mensagem confiada a eles durante o ministério de Jesus a todas as pessoas na terra. E para que este propósito houvesse de acontecer, deveriam os apóstolos e discípulos aguardarem, como unidade, como grupo, o momento certo para início dos trabalhos de proselitismo, sendo que este trabalho era uma comissão para a igreja como instituição e não somente para os indivíduos ali contados. “Mas recebereis poder, ao descer sobre vós o Espírito Santo, e sereis testemunhas, tanto em Jerusalém como em toda a Judéia e Samaria, até os confins da terra”. Atos 1:8 in: *BÍBLIA. Bíblia de referência Thompson*. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: ed. Vida, 2005. É nesta concepção de unidade, que novel igreja cristã irá dispersar a mensagem de Cristo, e aqueles que aceitassem a palavra de Deus se reuniriam ao corpo da igreja somando forças e aprendizado para continuar o propósito da igreja, de crescimento espiritual individual e crescimento quantitativo por meio da pregação do evangelho. “(v. 41) Os que de bom grado receberam a sua palavra foram batizados, e naquele dia agregaram-se quase três mil almas; (v. 42) E perseveraram na doutrina dos apóstolos, na comunhão, no partir do pão e nas orações; (44) todos os que criam estavam juntos e tinham tudo em comum”. Atos 2, versos 41, 42 e 44. *BÍBLIA. Bíblia de referência Thompson*. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: ed. Vida, 2005.

<sup>184</sup> Apóstolo Paulo foi responsável pelos registros da maior parte do Novo Testamento, adquirindo assim, proeminente destaque na explanação dos princípios cristãos na igreja cristã primitiva.

<sup>185</sup> 1 Coríntios 12:27. *BÍBLIA. Bíblia de referência Thompson*. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: ed. Vida, 2005.

<sup>186</sup> Carta aos Colossenses 1:18. *BÍBLIA. Bíblia de referência Thompson*. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: ed. Vida, 2005.

importância no exercício religioso do adepto, que se for suprimido, não apenas mitigaria o direito, mas ao que informa o catecismo, mutilaria a experiência religiosa do seguidor, em seu aspecto fundamental.

Esta conclusão se dá uma vez que a Igreja determina a obrigação religiosa a todos os católicos, de, no caso, estarem presentes na missa “aos domingos e nos outros dias de festa e de preceito”<sup>187</sup> e de receberem o sacramento da Eucaristia<sup>188</sup>, sendo esta última considerada como “o centro da vida cristã”<sup>189</sup> de todo católico.

Observamos que cercear o adepto de cumprir com a obrigação de participar da Eucaristia, sacramento próprio do momento de culto, o faria incorrer não apenas em mero descumprimento, mas também em pecado grave. É o que afirma o catecismo da Igreja católica ao se referir ao mencionado sacramento: “A Eucaristia do domingo fundamenta e sanciona toda a prática cristã. (...) aqueles que deliberadamente faltam a esta obrigação cometem grave pecado”.<sup>190</sup>

Ainda, para muitas outras denominações cristãs, a frequência aos momentos de cultos nas igrejas representa parte de grande importância de sua liberdade religiosa, servindo esses momentos congregacionais para o crescimento espiritual de cada participante. Também podem ser momentos com ministração de curas, reuniões para tomarem juntos a santa ceia e, em especial, dedicar em conjunto devoção e adoração a Deus.

Poderíamos citar demais religiões que igualmente possuem no momento de culto e na reunião periódica dos membros em templos religiosos uma parte integrante do convívio entre os seguidores, do crescimento no conhecimento religioso e coerentes condutas de vida e adoração de divindade(s), tais como a religião islâmica, budista, hindu, judaica e tradições religiosas de matriz africana, entre tantas outras.

Impedir de professar a crença em grupo e reunir-se no ambiente de culto, com todas as características que esta noção implica, como promover aprendizado espiritual e divulgação da mensagem, poderia ser comparado, a grosso modo, à permissão ao direito de

---

<sup>187</sup> VATICANO. *Catecismo da Igreja Católica*. São Paulo: Loyola, 2000, p. 570 (2180).

<sup>188</sup> “A Igreja obriga os fiéis “a participar da divina liturgia aos domingos e nos dias festivos” e a receber a Eucaristia pelo menos uma vez ao ano, se possível no tempo pascal, preparados pelo sacramento da reconciliação. Mas recomenda vivamente aos fiéis que recebam a santa Eucaristia nos domingos e dias festivos, ou ainda com maior frequência, e até todos os dias”. *Ibidem*, p. 384 (1389).

<sup>189</sup> *Ibidem*, p. 370 (1343).

<sup>190</sup> *Ibidem*, p. 570 (2181).

médicos receberem seus diplomas de conclusão de curso, mas sem, contudo, deixá-los que se reunissem em congressos para aprender ou que ensinassem a outros os conhecimentos de suas técnicas salvadoras.

Neste diapasão, temos como exemplo da nossa história constitucional brasileira, a primeira Constituição do então Império, em 1824, como limitadora da liberdade religiosa, uma vez que, em seu artigo 5º, somente outorgava a liberdade de culto público para os adeptos da religião Católica Romana, estando todas as demais no plano da tolerância, relegadas ao ambiente doméstico e sem a permissão de qualquer uso de símbolo externo que viesse a fazer referência à natureza da crença cultuada no local.<sup>191</sup>

A partir da Constituição de 1891, com o estabelecimento da separação Estado e Igreja, e incluindo as de 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e a de 1988, em todas foi garantido o direito de culto a distintas religiões para além da religião católica, que era a religião oficial do Império. Contudo, todas essas Constituições do período republicano, com exceção da atual Constituição Cidadã, houveram por limitar a liberdade de culto, sob os termos de “disposição de direito comum” ou sob as expressões de “ordem pública e os bons Costumes”.

De 1988 em diante o constituinte eliminou todas essas expressões de limitação do dispositivo de liberdade de culto simplesmente assegurando o livre exercício dos cultos religiosos. A atual Constituição não reduz a liberdade de culto somente aos templos, mas garante livre exercício de culto, e que a todas as religiões haverá “proteção aos locais de culto (templos) e a suas liturgias”.

Afonso da Silva ao referir-se a esta alteração constitucional, foi positivo e de comum acordo com que não houvesse de repetir tais expressões limitantes ao direito de culto como a tal “ordem pública” ou “os bons costumes”, que a seu ver apenas proporcionavam oportunidades para se exercer preconceitos a crenças minoritárias. Nas palavras de Afonso da Silva, ao referir-se ao inciso VI da atual Lei Maior:

Diferentemente das constituições anteriores não condiciona o exercício dos cultos à observância da ordem pública e dos bons costumes. Esses conceitos que importavam em regra de contenção, de limitação dos cultos já não mais o são. É que, de fato, parece impensável uma religião cujo

---

<sup>191</sup> Constituição Política do Imperio do Brazil. Artigo 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 fôrma alguma exterior do Templo”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em 31 dez. 2018.

culto, por sim seja contrário aos bons costumes e à ordem pública. Demais, tais conceitos são vagos, indefinidos, e mais serviram para intervenções arbitrárias do que de tutela desses interesses gerais.<sup>192</sup>

E ainda, temos o ensino do professor Ferreira Filho nesta mesma perspectiva de concordância com a Carta de 1988 na eliminação dos termos mitigadores da plena liberdade de culto do indivíduo e grupos religiosos. Aproveitamos suas próprias palavras reforçadoras ao direito de culto constantes do inciso VI, art. 5º, da Magna Carta:

Está na segunda parte deste inciso a liberdade de culto. Podem, em razão da norma, os crentes de qualquer religião honrar a divindade que melhor lhes parecer, celebrando as cerimônias exigidas pelos rituais. O texto da nova Constituição 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. Ademais, como se vê, promete a nova Constituição, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e às liturgias.<sup>193</sup>

Com a proteção a liberdade de culto sem as restrições até então impostas, confirma definitivamente a Constituição de 1988 um momento diferente do princípio da liberdade religiosa no Brasil, um momento de liberdade, sem viés de (in)tolerância.

### 3.4.2.2.3 Liberdade de organização

Seguindo a compreensão doutrinária sobre as vertentes da liberdade religiosa, temos, enfim, aquela que cuida da autonomia das religiões como entidades com independência doutrinária e que se organizam com a ideia de estabelecer uma dinâmica duradoura que reflita suas crenças religiosas em sua organização institucional de forma livre e não embaraçada por qualquer ente estatal.

Toda organização de sociedade civil é formada dentro de um escopo ou finalidade. Da mesma maneira se dá com as principais religiões do mundo, a exemplo da cristã e da islâmica. Citando novamente o caso do cristianismo, por pertinência fática com nossa cultura

<sup>192</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013, p. 251-252.

<sup>193</sup> FILHO, Manuel Gonçalves Ferreira. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990, 1 v, p. 33.

constitucional, temos que, embora o cristianismo primitivo jamais tenha tido a pretensão de entrar em consórcio com o Estado ou aliar-se a ele, a religião de Cristo foi organizada desde o início como instrumento de divulgação dos princípios religiosos.

Entre os primeiros atos do mestre cristão esteve o de escolha daqueles que seriam seus futuros apóstolos, tendo em vista que a palavra ‘apóstolo’, em grego, significa “enviado”. Assim, o mestre dos cristãos iniciou a organização da *ecclesia* e estabeleceu seu propósito: “ide e fazei discípulos de todos os povos, batizando-os em nome do Pai, do Filho e do Espírito Santo, ensinando-os a guardar todas as coisas que eu vos tenho mandado”.<sup>194</sup>

Esta finalidade religiosa, distinta dos propósitos do Estado, não deve sofrer por parte deste ingerência institucional e doutrinária, preservando, assim, o *wall of separation* entre Estado e Igreja, e garantindo que as religiões possam refletir, legitimamente, os princípios e doutrinas de suas crenças, além de distanciar das mãos do Estado a histórica tentação de fazer uso oportunista das religiões, criando como consequência privilégios a umas e a outras relegando ou suprimindo-as em suas expressões espirituais.

A ideia de autonomia organizacional é essencial para a manutenção das crenças e preceitos, noção já compreendida por Locke em *Carta Acerca da Tolerância*, oportunidade em que descreve ser a Igreja uma sociedade livre de homens com a finalidade de cultuar sua divindade. Como uma sociedade livre, cabe a esta não ser invadida nos seus princípios e doutrinas, resultado das crenças particulares daquela Igreja. Locke, então, estabelece às igrejas um espaço de autonomia que deve ser respeitado para que possam operar suas crenças via organização estruturada a partir delas. A exemplo disso, exemplifica o autor que “nenhuma igreja se acha obrigada, pelo dever de tolerância, a conservar em seu seio uma pessoa que, mesmo depois de admoestada, continua obstinadamente a transgredir as leis estabelecidas por essa sociedade”<sup>195</sup>.

Ora, se a sociedade religiosa é mantida unida pela observação de suas crenças, caso estas não sejam vividas de acordo por um dos membros, é natural, na opinião do filósofo liberal, que esta sociedade tenha autonomia institucional para zelar pela unidade da igreja.

---

<sup>194</sup> Mateus 28:19, 20. BÍBLIA. *Bíblia de referência Thompson*. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: ed. Vida, 2005.

<sup>195</sup> LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Coleção Os pensadores), p. 14.

Sem essa autonomia organizacional, a sociedade religiosa se desfaria, sendo impossível de manter as crenças que motivaram o estabelecimento da instituição.<sup>196</sup>

Deste modo, a liberdade organizacional ou institucional é tida como um direito subjetivo das igrejas, incluindo neste: “(a) um direito geral de autodeterminação; (b) as liberdades de exercício das funções religiosas e de culto; (c) o direito de autofinanciamento; e (d) a prerrogativa de exercício de atividades não religiosas”.<sup>197</sup>

Em reforço, temos ainda o respaldo para o direito de organização das instituições religiosas nos incisos XVII e XVIII da Constituição, que garantem a plena “liberdade de associação para fins lícitos”, bem como “a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas” independentemente de “autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento”. Ambos os dispositivos, sendo compreendidos e interpretados por meio do princípio da liberdade religiosa, não deixam dúvidas a respeito da dimensão protetiva oferecida ao direito de organização religiosa constitucional.

---

<sup>196</sup> LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Coleção Os pensadores), p. 14.

<sup>197</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. coordenação científica; LEONCY, Léo Ferreira, Coordenação executiva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2014. p. 270.

## 4 A LIBERDADE RELIGIOSA NOS DOCUMENTOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS ASSUMIDOS PELO BRASIL

Os direitos humanos foram cristalizados pelos sistemas internacionais de proteção da pessoa humana dentro de um contexto de valorização do pluralismo e da diferença, e no século XX passou por uma concretização sistemática inserida na sociedade democrática pós Primeira e Segunda Guerra Mundial, sendo a liberdade de religião, em particular, parte indispensável dessa concretização. O reconhecimento e significado da religião na sociedade - sendo a religião um modo de apropriação de uma determinada realidade para indivíduos e grupos dentro da sociedade - antecipou cronologicamente quase todas as demais distinções delineadas no decorrer do tempo pelo corpo social<sup>198</sup>.

Acontece que essas diferentes realidades no decorrer da história foram, por diversas vezes, alvos de supressão pela maioria política do momento, gerando aniquilamento de parcelas da sociedade minoritárias e divergentes, como ocorreu no conhecido contexto do nazismo alemão.

Foi justamente para combater vicissitudes desnecessárias e experimentadas na prática, e visando a longevidade e a higidez da sociedade, que os sistemas de direitos humanos internacionais estabeleceram em suas declarações e textos normativos desses direitos a proteção e a segurança da diversidade e expressão de pensamentos, ideias e crenças, sabendo que assim estariam protegendo o pluralismo de ideias, que é o elemento fundamental na eficácia dos direitos humanos em geral e da liberdade religiosa especificamente<sup>199</sup>.

Percebemos, então, que toda a normativa dos direitos humanos e da liberdade religiosa se encontra dentro de uma narrativa justificadora, e só a partir dela podemos

---

<sup>198</sup> SIMMONS, Beth A. *Mobilizing for human rights: International law in domestic politics*. New York: Cambridge University Press, 2009, p. 167.

<sup>199</sup> ADRIAN, Melanie. Freedom of religion: a change in perspective? In: DIGIACOMO, Gordon(ed.). *Human Rights-current issues and controversies*. Toronto: University of Toronto Press, 2016, p. 333-334: “ensuring diversity of thoughts and ideas, it was held, would lead to pluralism. The idea of pluralism remains a key factor in the debate around human rights generally and religious liberty specifically. In simplistic terms, pluralism – the existence of a diversity of ethnic, cultural, political, or religious groups – is an important strengthening agent of democracy. Democracy in turn is thought to uphold human rights, which it is held, keep the power of states in check. The legacy of the Second World War is palpable.”

estabelecer uma correta ou corretas apreensões do significado destas normas. Na verdade, os dispositivos de direitos humanos foram estabelecidos e os direitos de liberdade religiosa foram ali colocados justamente visando a maior incorporação possível dos mundos normativos ou narrativas distintas de compreensão de mundo<sup>200</sup>.

O Brasil alinha-se juridicamente no plano internacional em respeito aos direitos humanos e, coerentemente, defende iguais princípios em dispositivos similares presentes em sua Constituição. Este alinhamento assumido pelo Brasil não só resulta em compromisso para si próprio em relação aos direitos da essência humana, como também promove, por determinação constitucional, estes mesmos direitos entre os demais países membros das organizações mundiais de promoção dos direitos humanos, pois os têm como princípio dirigente na atuação de suas relações internacionais.<sup>201</sup>

Importa aqui com este tópico, somando na construção do tema do presente trabalho, proporcionar elucidação a respeito do ambiente jurídico que o Brasil, por escolha constitucional de seus constituintes, entendeu por bem implementar progressivamente durante sua história, quanto à inclusão da liberdade religiosa por princípios e regras em sentido de sua máxima defesa.

Ao elaborar, portanto, este capítulo, buscaremos demonstrar que o Brasil, pelos tratados que assumiu no âmbito dos direitos humanos com suas cláusulas sobre liberdade religiosa, posiciona-se junto à corrente de compreensão internacional para a qual a religião e a crença são expressões da mais essencial capacidade humana de escolher e, assim, existir e produzir em sua plenitude, por meio de um ambiente que promova o respeito às faculdades inatas dos indivíduos de pensar, convencer-se e expressar-se conforme escolhas religiosas.<sup>202</sup>

Ressaltamos que as escolhas políticas que a Constituição fez no plano interno e internacional são pertinentes a um contexto de compreensão das liberdades religiosas com grande influência do constitucionalismo americano, que é marcado por elevadíssimo respeito

---

<sup>200</sup> COVER, Robert M., *The Supreme Court, 1982 Term – Foreword: Nomos and Narrative*. Faculty Scholarship Series. Paper 2705, 1983, *passim*.

<sup>201</sup> O *caput* do artigo 4º da Constituição Federal de 1998 e seu inciso II declaram que o Brasil rege-se em suas em suas relações internacionais pelo princípio (entre outros) da prevalência dos direitos humanos.

<sup>202</sup> MENDES, COELHO e BRANCO reconhecem a liberdade de crença como expressão da liberdade de consciência. Assim, tal como a liberdade de consciência, a liberdade de crença (religiosa) “tem que ver com a faculdade do indivíduo formular juízos e ideias sobre si mesmo e sobre o meio externo que o circunda. O estado não pode interferir nessa esfera íntima do indivíduo, não lhe cabendo impor concepções filosóficas aos cidadãos. Deve, por outro lado – eis um aspecto positivo dessa liberdade - propiciar meios efetivos de formação autônoma da consciência das pessoas. In: BRANCO, Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.412.

à liberdade de crença e religião dos cidadãos, estabelecendo um estado q laico, em uma saudável separação entre Estado e confissões religiosas. Esta laicidade se baseia em reprimir a religião de seus cidações no espaço público, mas a garante na medida necessária para contribuir com a plena realização moral e intelectual deles.

Neste sentido, entendemos que as palavras de Alexandre de Moraes descrevem bem a postura jurídica brasileira desenvolvida dentro de uma dinâmica de condução dos direitos humanos no plano internacional e nacional, na promoção interna dos mesmos princípios e regras para implementação dos direitos humanos fundamentais, por meio da Constituição:

O importante é realçar que os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.<sup>203</sup>

É possível identificar que o Brasil tem em sua história uma promoção crescente quanto à inclusão de garantias e proteções das liberdades de religião, sempre em âmbito acolhedor da liberdade de consciência e expressão, princípio máximo de nossa democracia constitucional, buscando estabelecer internamente o que prescreve a seus pares no âmbito global<sup>204</sup>.

Recentemente a ministra Rosa Weber, presidente do Tribunal Superior Eleitoral, reforçou esta compreensão principiológica constitucional em seu discurso institucional de diplomação aos recém-eleitos presidente e vice-presidente da República do Brasil para o período de 2019 até 2022.

Fixando sua fala nos princípios que regem a nação brasileira e rememorando os compromissos constitucionais e internacionais que o país possui para com os direitos humanos, a ministra Rosa Weber sintetizou a responsabilidade do Estado brasileiro e sua finalidade de promover ambiente hígido em direitos humanos:

---

<sup>203</sup>MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.21.

<sup>204</sup> Sobre a Declaração de Direitos humanos da ONU, Comparato, assim como Moraes, vocaliza perspectiva brasileira sobre os direitos humanos que busca “progressivamente, no plano nacional e internacional, como fruto de um esforço sistemático de educação em direitos humanos”. In: COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 3ª.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p.223.

A luta pela efetivação e “**prevalência dos direitos humanos**”, como determina a própria Carta Política (art. 4º, II) (...) há de ser compartilhado por todos, de modo a viabilizar avanços civilizatórios à sociedade brasileira. Tenha-se presente (...) que o Brasil está vinculado política e juridicamente, nesse plano, a compromissos generosamente assumidos há décadas no plano internacional, em respeito aos tratados e convenções firmados no âmbito do Direito das Gentes. Inquestionável é que o Estado brasileiro se encontra comprometido com a efetivação dos direitos humanos. Isso resulta claro não só dos deveres assumidos perante a comunidade internacional, mas sobretudo pelo que a própria Constituição, que vem de completar trinta anos, determina. [Grifo nosso]<sup>205</sup>

O ano de 2018 assistiu a duas comemorações dos setenta anos da produção de importantes documentos de direitos humanos dos quais o Brasil é integrante: A Declaração Universal dos Direitos do Homem das Organizações das Nações Unidas e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, do ano de 1948, sendo esta última aprovada em Bogotá, Colômbia.

Como subscritor da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, o Brasil reconhece estes direitos da forma como estão inscritos no preâmbulo da mesma resolução: “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”<sup>206</sup>.

E, ainda, alguns meses antes da própria resolução de direitos humanos da ONU adotada nas relações globais, já havia sido criada nas américas, regionalmente, a Declaração Americana<sup>207</sup> da qual o Brasil também é parte. Diz a Declaração Americana que os direitos e garantias deverão buscar aplicação plena nas realidades interna e internacional em

<sup>205</sup> Discurso da Ministra do Tribunal Superior Eleitoral Rosa Weber, que foi proferido no dia 10 de dezembro de 2018 durante a cerimônia de diplomação do presidente e vice-presidente eleitos no Brasil, respectivamente Jair Bolsonaro e Hamilton Mourão. Coincidentemente, foi lembrado pela ministra que neste mesmo dia é comemorado os 70 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e deste fato estabeleceu pertinentes conclusões com os objetivos do Estado brasileiro diante do respeito às liberdades humanas. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Dezembro/presidente-do-tse-destaca-em-discurso-valor-dos-direitos-humanos-e-das-minorias-na-democracia>. Acesso em 10 dez. 2018.

<sup>206</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: [https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.html](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html). Acesso em: 16 dez. 2018.

<sup>207</sup> “Atualmente, pode afirmar-se que a Declaração Americana é obrigatória para todos os Estados membros da OEA. Com relação à sua obrigatoriedade na Opinião Consultiva OC-10/89, parágrafo 43, a Corte estabelece que a Declaração contém e define aqueles direitos humanos essenciais aos que se refere a carta, de forma que não se pode interpretar e aplicar a Carta da OEA em matéria de direitos humanos, sem que sejam integradas a ela as normas pertinentes e as disposições correspondentes da Declaração, como tem sido a prática seguida pelos órgãos da OEA.” Disponível em: [http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/dh/mundo/oea/cejil1/02\\_sistema.htm](http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/dh/mundo/oea/cejil1/02_sistema.htm). Acesso em 06 jan. 2019.

consonância com os princípios essenciais ao ser humano igualmente protegidos pelos sistemas pátrio e o regional:

(...) A consagração americana dos direitos essenciais do homem, unida às garantias oferecidas pelo regime interno dos Estados, estabelece o sistema inicial de proteção que os Estados americanos consideram adequado às atuais circunstâncias sociais e jurídicas, não deixando de reconhecer, porém, que deverão fortalecê-lo cada vez mais no terreno internacional, à medida que essas circunstâncias se tornem mais propícias.<sup>208</sup>

Ainda sobre a Declaração Americana é interessante notar que, em suas considerações iniciais, torna público o reconhecimento que os povos americanos fazem para com a finalidade de toda sociedade, ressaltando nesta finalidade a “criação de circunstâncias” que permitam a toda pessoa “progredir espiritual e materialmente”<sup>209</sup>. A realidade espiritual se faz nominalmente presente na Declaração.

#### 4.1 DO TRATADO DE WESTFÁLIA ATÉ A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS EM 1948

Em rápida recuperação histórica, temos que desde o fim das Guerras dos 30 anos e o estabelecimento dos tratados de Paz de Westfália houve o surgimento do “direito internacional clássico” e com ele a possibilidade do reconhecimento universal do valor intrínseco da pessoa humana e da liberdade religiosa<sup>210</sup>.

A dignidade humana reconhecida no plano internacional tem fortes laços de dependência com a estrutura surgida e expandida pelo direito internacional tal qual fomentado pelos acordos frutos das conquistas trazidas com a paz continental europeia no ano de 1648.

<sup>208</sup> DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM, 1948. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>>. Acesso em: 16 dez. 2018.

<sup>209</sup> *Idem*.

<sup>210</sup> Quanto à proteção reconhecida aos direitos de liberdade religiosa, afirma Beth A. Simmons: “os direitos de liberdade religiosa estavam entre os primeiros grupos de direitos dados a grupos e depois a indivíduos por meio dos acordos jurídicos internacionais”. No original: “Religious rights were among the first set of rights accorded to groups and later to individuals through international legal agreements.” In: SIMMONS, Beth, *op. cit.*, p. 167.

O direito internacional tornou-se um meio para promover internacionalmente valores humanos intrínsecos a cada pessoa. Há nisso, guardada as devidas proporções, elementos históricos resultantes daqueles conflitos que geraram tamanha revolução religiosa no seio da Europa: direito de pensar e crer como a convicção de cada um conduziu, alimentando assim uma lógica de separação entre os planos espiritual e temporal nas relações internacionais desde então.

Consequência destes tratados foi a elaboração da proposta de secularização das relações internacionais em consequência das posições adotadas pelos estados europeus frente à separação das esferas espiritual e temporal<sup>211</sup> nas relações internacionais, a princípio. Com o princípio *hujus regio, ejus religio* houve o início do que, com o tempo, se acomodaria como direito, não somente dos estados que estabelecerem para si a religião que adotariam, mas também dos seus próprios cidadãos dizerem de si próprios que teriam a crença ou a religião que desejassem ter.

Neste ponto é de grande relevância a contribuição dada por Enrique Ricardo Lewandowski para melhor compreensão do desenvolvimento do princípio acima citado com sua inclusão e absorção nas relações internacionais que se dariam dali por diante na proteção da liberdade religiosa. Ensina Lewandowski que o Tratado de Westfália trouxe não apenas o estabelecimento do princípio de respeito à liberdade religiosa como passou também a ser um tratado modelo a outros, que independente de sua natureza, passaram a incluir cláusulas sobre a liberdade religiosa dos súditos residentes em nação diferente da sua de origem, buscando assim a proteção dessa liberdade para tais súditos em solo estrangeiro e de maioria religiosa distinta.

O Tratado de Paz de Westphalia, de 1648, pode ser considerado o antecedente mais remoto das diferentes declarações e dos diversos pactos de proteção dos direitos humanos que vigoram atualmente no direito internacional. Esse acordo colocou um parêntese na Guerra dos Trinta Anos, encerrando, na prática, as lutas religiosas na Europa Central. Dentre uma série de importantes disposições, esse tratado estabeleceu que, na Alemanha, católicos e protestantes, bem como as distintas seitas dessa última confissão, gozariam dos mesmos direitos. A partir desse documento tornou-se regra incluir nos tratados de paz, celebrados entre beligerantes de credos antagônicos, cláusulas que garantissem a liberdade de culto das

---

<sup>211</sup> “Os tratados também deram origem ao direito internacional clássico, caracterizado como um direito de fonte voluntária, de base contratual, originado da vontade de Estados soberanos que se auto delimitavam em razão dos respectivos interesses nacionais”. RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. Barueri, SP: Manole, 2013, p. 98.

minorias religiosas existentes nos territórios dominados pelos adversários<sup>212</sup>.

Ainda, Lewandowski explica que esta prática não arrefeceu com o fim do século XVII, muito pelo contrário, tornou-se praxe em outros importantes momentos de acordos internacionais: “em 1774, por exemplo, o Tratado de Kainardi, que pôs fim à guerra russo-turca, obrigou a Turquia a reconhecer à Rússia o direito de intervir em favor dos católicos ortodoxos que viviam em território otomano”<sup>213</sup>, ou como no exemplo do Tratado de Viena de 1815 que “consignava em seu texto que, na Confederação Alemã, criada pelo acordo, e na Confederação Suíça, restabelecida pelas potências signatárias, não existiriam diferenças de direito entre os adeptos das várias religiões”<sup>214</sup>, estabelecendo ainda condições de melhoria para o *status* dos judeus alemães.

Por fim, Lewandowski nos lembra que o Congresso de Berlim, em 1878, “condicionou o reconhecimento da independência dos Estados Balcânicos, notadamente da Romênia, Sérvia e Montenegro, recém libertados do jugo da Turquia, ao respeito, por parte destes, às liberdades religiosas de seus súditos”.<sup>215</sup>

Em lembrança de alguns dos muitos documentos importantes na história em prol dos direitos humanos, tivemos as cartas e declarações inglesas<sup>216</sup>, declarações americanas<sup>217</sup>, destacando entre estas últimas “a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, que figura como a primeira declaração de direitos fundamentais no sentido moderno”, e as declarações francesas<sup>218</sup>, cooperando cada qual em diferente proporção para o conteúdo dos princípios e dispositivos que vieram a ser redigidos pela ONU em 1948 na Declaração de direitos dirigida a toda a humanidade.

A Constituição brasileira, em seu artigo 4º, deixa nítida a postura principiológica que o constituinte de 1988 adotou quanto a promover positivamente os direitos humanos no

---

<sup>212</sup> LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984, p. 76.

<sup>213</sup> *Ibidem*, p. 76-77.

<sup>214</sup> *Idem*.

<sup>215</sup> *Idem*.

<sup>216</sup> Magna Carta (1215-1225), a Petition of Rights (1628), o Habeas Corpus Amendment Act (1679) e o Bill of Rights.

<sup>217</sup> Mayflower Compact (1620), Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776), Declaração de Independência (1776), Constituição americana (1787), Bill of rights (1791).

<sup>218</sup> Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789).

plano internacional, alçando-os na posição de primazia ao prescrever que nas relações internacionais o país teria por constante o princípio da “prevalência dos direitos humanos”.

Ainda, concretizou a aplicação constitucional destes direitos humanos também assentidos em cenário internacional, ao preceituar que no âmbito interno “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte”, artigo 5º, parágrafo 2º. E como que em reforço ao compromisso Constitucional com tais direitos, o parágrafo 1º do mesmo artigo destaca que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”<sup>219</sup>.

Há aqui plena coerência do Brasil em agir assim, pois antes mesmo da Carta expor seu princípio de compromisso que possui para com os direitos humanos, fez o constituinte listar logo na abertura do Texto uma lista de fundamentos da República brasileira, entre os quais encontra-se a **dignidade da pessoa humana**. Termo muitas vezes de difícil definição, é para nós compreendido naquilo que melhor significa o ser humano em todas as suas relações: sua capacidade racional de ser consciente, pensar e decidir.

E o Brasil não está alinhado por acidente com uma proposta internacional de direitos humanos que ampara e sustenta as liberdades fundamentais com tamanha estima. Foi uma escolha do constituinte, e foi feita assim porque, no mesmo sentido das leis internacionais de direitos humanos, o Brasil parte do princípio que o fim do Estado é a garantia e a proteção da liberdade. E há plena consonância de princípios entre o Brasil e as organizações internacionais das quais faz parte ao se posicionar desta forma.

#### 4.2 A ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E SUA POSTURA DIANTE DA LIBERDADE RELIGIOSA

Faremos uma rápida incursão na perspectiva adotada, em particular, pelo principal órgão internacional na promoção de direitos humanos para com a liberdade religiosa, a Organização das Nações Unidas. Muito desta perspectiva é também adotada pela Convenção

---

<sup>219</sup> “A falta de lei prevendo a prestação alternativa não deve levar necessariamente à inviabilidade da escusa de consciência, afinal os direitos fundamentais devem ser presumidos como de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF)”. In: BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocência Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira, *op. cit.*, p. 412.

Americana de direitos humanos, com o intuito de demonstrar o argumento de que, seja em âmbito nacional ou internacional, há uma abordagem histórica para com a liberdade religiosa com relação a qual o Brasil fez a opção jurídica de posicionar-se para com esses direitos religiosos, via de regra, da maneira mais larga possível em sua promoção e, de outro lado, buscando assentar as divergências de modo menos intervencionista, em reflexo aos princípios e relevância desses direitos.

A origem histórica, geográfica e filosófica dos direitos humanos há muito é debatida e naturalmente ainda não há concordância pacífica nestes pontos. Pesquisadores da linha de Heiner Bielefeldt<sup>220</sup> buscam o consenso, não nos fatos que possam remontar as origens dos direitos humanos e vários fatos do ocidente como tradição, e sim em sua compreensão como tal, que só se deu a partir da “harmonização crítica e hermenêutica da era moderna”<sup>221</sup>. Sendo nosso foco a liberdade religiosa, faremos por bem acompanhar a moldura interpretativa da ONU no que concerne tão somente à liberdade de crença e religião.

Neste sentido, estes esforços se concretizaram na história recente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que no artigo 18 estabelece:

Toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos<sup>222</sup>.

Já o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, veio expandir os direitos expressos na Declaração Universal, estabelecendo uma obrigação jurídica entre as partes contratantes, sendo o Brasil uma delas. A liberdade religiosa passa a ser inderrogável neste documento (art.4(2) ) e é expandida na determinação do artigo 18<sup>223</sup>, indo além da

<sup>220</sup> Professor de direitos humanos e direitos humanos políticos na universidade de Erlangen-Nürnberg e Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief (2010-2016), Office of the High Commissioner for Human Rights, UN. Disponível em: [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Religion/CV\\_bielefeldt.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Religion/CV_bielefeldt.pdf). Acesso em 19, dezembro, 2016.

<sup>221</sup> BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. Tradução de Dankwart Bernsmuller. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000, p.156.

<sup>222</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, *op. cit.*

<sup>223</sup> BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. *Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos*. Legislação Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 19 Dez. 2016. “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 uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino. 2. Ninguém poderá ser submetido a medidas

Declaração, estendendo os mesmos direitos às crianças e aos seus pais de conduzirem os seus filhos de acordo com as suas próprias convicções religiosas.

Visando, ainda, dar maior peso ao direito em questão, a Assembleia Geral da ONU adotou em 1981 a resolução 36/55, qual seja, a Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação fundadas na religião ou nas Convicções, reforçando os pontos trazidos pelo Pacto Internacional de 1966, adicionando, para maior compreensão de liberdade religiosa, o direito de observar dias de guarda e celebrar feriados e cerimônias de acordo com os preceitos de determinada religião ou crença<sup>224</sup>.

Aprofundando e estendendo ainda mais a realidade jurídica da liberdade de religião no universo dos infantes, a ONU adotou em 1989 a Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>225</sup>, em que inclui direitos religiosos também às crianças e reforça àqueles dos pais ou responsáveis de conduzi-las de acordo com sua opinião, pensamento e crença, devendo o estado respeitá-los neste sentido.

Digno de nota foi a incorporação desta normatização e princípios relativos à liberdade religiosa nos sistemas regionais de direitos humanos. No Sistema Europeu, há a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1969 que expressa, no artigo 9 e 14, a

---

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 a limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos países e, quando for o caso, dos tutores legais de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções”.

<sup>224</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação fundadas na religião ou nas Convicções, 1981*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Preven%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Discrimina%C3%A7%C3%A3o-e-Prote%C3%A7%C3%A3o-das-Minorias/declaracao-sobre-a-eliminacao-de-todas-as-formas-de-intolerancia-e-discriminacao-fundadas-na-religio-ou-nas-conviccoes.html>. Acesso em: 19 dez. 2016. Artigo 6(h): “Conforme o "artigo 1º" da presente Declaração e sem prejuízo do disposto no "§3 do artigo 1º", o **direito à liberdade de pensamento, de consciência, de religião ou de convicções compreenderá especialmente as seguintes liberdades: h) A de observar dias de descanso e de comemorar festividades e cerimônias de acordo com os preceitos de uma religião ou convicção**”. (Grifo nosso)

<sup>225</sup> BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Convenção Sobre os Direitos da Criança. Legislação Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm). Acesso em: 19 dez. 2016. “Artigo 14. 1. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança à liberdade de pensamento, de consciência e de crença. 2. Os Estados Partes respeitarão os direitos e deveres dos pais e, se for o caso, dos representantes legais, de orientar a criança com relação ao exercício de seus direitos de maneira acorde com a evolução de sua capacidade. 3. A liberdade de professar a própria religião ou as próprias crenças estará sujeita, unicamente, às limitações prescritas pela lei e necessárias para proteger a segurança, a ordem, a moral, a saúde pública ou os direitos e liberdades fundamentais dos demais. Artigo. 30. Nos Estados Partes onde existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, ou pessoas de origem indígena, não será negado a uma criança que pertença a tais minorias ou que seja indígena o direito de, em comunidade com os demais membros de seu grupo, ter sua própria cultura, professar e praticar sua própria religião ou utilizar seu próprio idioma”.

liberdade de pensamento, consciência e religião, assim como a proibição de discriminação por motivos religiosos. Nas Américas, temos a Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê liberdade de consciência e religião no artigo 12, e no continente africano, a Carta Africana de 1981, traz em seu artigo 8º a prescrição da liberdade de consciência, profissão e livre prática da religião.

Não bastando todo este aparato jurídico de direitos humanos, em particular aquele estabelecido na ONU que serve de material jurídico internacional para os demais sistemas regionais, temos que a narrativa na qual foram estabelecidas estas normas (*nomos*) apontam para um significado jurídico no sentido mais abrangente possível dos direitos de liberdade religiosa, e mantendo as restrições no menor escopo e na mínima amplitude possível<sup>226</sup>.

Fazendo uso da interpretação da própria ONU sobre os direitos em análise, a Commission on Human Rights<sup>227</sup>, responsável por “tecer o pano de fundo internacional que protege os direitos fundamentais e liberdades”<sup>228</sup> emitiu duas resoluções no ano de 1998 em que enfatiza, na primeira resolução a respeito da Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação fundadas na religião ou nas Convicções, que o direito de liberdade religiosa expresso nesta declaração é “mais extenso e profundo”<sup>229</sup>. Ainda, na segunda resolução que versa sobre o direito de pessoas pertencentes a minorias étnicas, religiosas ou linguísticas faz menção de que estas minorias “contribuem para a paz e estabilidade política e social e que enriquecem a herança cultural da sociedade como um todo”<sup>230</sup>.

<sup>226</sup> As limitações delimitadas nos documentos internacionais para os direitos de liberdade religiosa seguem de modo geral os parâmetros estabelecidos pelo parágrafo 3º do artigo 18 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966. As limitações devem ser (I) prescritas em lei, (II) necessárias e (III) proporcionais ao objetivo proposto. Segue o texto: “A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas a 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”.

<sup>227</sup> A Commission on Human Rights foi substituída desde 2006 pelo Human Rights Council na Assembleia Geral da ONU, por meio da resolução A/RES/60/251.

<sup>228</sup> As atribuições da United Nations Commission on Human Rights encontram-se ainda em site da ONU. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CHR/Pages/CommissionOnHumanRights.aspx>. Acesso em: 19 dez. 2016.

<sup>229</sup> Implementation of the Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and of Discrimination Based on Religion or Belief C.H.R. res. 1998/18, ESCOR Supp. (No. 3) at 77, U.N. Doc. E/CN.4/1998/18 (1998). Disponível em: <http://hrlibrary.umn.edu/UN/1998/Res018.html>. Acesso em: 19 dez. 2016. Texto original: “Emphasizing that the right to freedom of thought, conscience, religion and belief is far reaching and profound, and that it encompasses freedom of thought on all matters, personal conviction and the commitment to religion or belief, whether manifested individually or in community with others (...)”

<sup>230</sup> Rights of persons belonging to national or ethnic, religious and linguistic minorities C.H.R. res. 1998/19, ESCOR Supp. (No. 3) at 80, U.N. Doc. E/CN.4/1998/19 (1998). Disponível em: <http://hrlibrary.umn.edu/UN/1998/Res019.html>. Acesso em: 19 dez. 2016. Texto original: “Considering that

Estes dois exemplos mostram o reforço da “intenção original dos direitos [de liberdade religiosa] da comunidade [internacional], ressaltando os direitos [de liberdade religiosa] como promotores de diversidade”<sup>231</sup>. E complementa dizendo que “estes exemplos mostram que a proteção da liberdade religiosa tem há muito tempo sido uma preocupação da comunidade internacional da ONU”<sup>232</sup>.

Já no âmbito do Pacto Internacional de direitos Civis e Políticos de 1966, o seu Comitê de Direitos Humanos que tem como função monitorar a implementação do Pacto nos países membros, reiterou, no Comentário Geral número 22, que as limitações aos direitos de liberdade religiosa devem ser aplicadas “apenas para os propósitos prescritos e devem ser diretamente relacionados e proporcionais à necessidade específica em que são predicados”<sup>233</sup>. Deste modo, “as limitações aos direitos de liberdade religiosa devem ser entendidas restritiva e proporcional”<sup>234</sup>.

São nestes termos que segue o desenvolvimento dos direitos de liberdade religiosa. Uma narrativa que remonta à interpretação da norma dentro do espectro interpretativo objetivado pela ONU quando estabeleceu os princípios e dispositivos em questão. Em outras palavras, estes direitos devem ser entendidos na maneira mais abrangente possível, tendo para suas restrições uma aplicação estreita e proporcional<sup>235</sup>.

Como já desenvolvido acima sobre a narrativa dos direitos de religião, todos os instrumentos normativos internacionais de direitos humanos da ONU que versam sobre liberdade religiosa fizeram por bem ressaltar a importância da sua proteção, seja no âmbito interno da pessoa, como no de sua realização externa, podendo o seu direito interferir e interagir no espaço físico da sociedade.

---

the promotion and protection of the rights of persons belonging to national or ethnic, religious and linguistic minorities contribute to political and social stability and peace and enrich the cultural heritage of society as a whole(...).”

<sup>231</sup> ADRIAN, Melanie, *op. cit.*, p. 336.

<sup>232</sup> ADRIAN, Melanie, *op. cit.*, p. 336.

<sup>233</sup> Human Rights Committee, General Comment 22, Article 18 (Forty-eighth session, 1993). Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.1 at 35 (1994). **“Limitations may be applied only for those purposes for which they were prescribed and must be directly related and proportionate to the specific need on which they are predicated.** Restrictions may not be imposed for discriminatory purposes or applied in a discriminatory manner. The Committee observes that the concept of morals derives from many social, philosophical and religious traditions; consequently, limitations on the freedom to manifest a religion or belief for the purpose of protecting morals must be based on principles not deriving exclusively from a single tradition (grifo nosso).

<sup>234</sup> ADRIAN, Melanie, *op. cit.*, p. 337.

<sup>235</sup> *Ibidem*, p. 338.

O Brasil é signatário destes tratados acima citados e tem todos ratificados pelo Congresso<sup>236</sup>. E embora todos estes documentos internacionais tenham sido incorporados ao sistema brasileiro antes da Emenda Constitucional 45/2004, já não há mais controvérsia de que eles possuem o *status* de supralegalidade<sup>237</sup>, ou seja, estão acima de qualquer lei que não seja a Constituição, devendo, deste modo, ser observados em prevalência no jogo de valores entre as normas em caso de conflitos, assim como orientar as normas hierarquicamente inferiores na sua elaboração.

Por fim, ressaltamos que em ambos os documentos de Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) da ONU, no artigo 18, e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, artigo 12, que pertence do sistema interamericano de direitos humanos, dos respectivos dispositivos citados compreendemos claramente importância dada para a proteção da liberdade individual de crença e a projeção desta sobre a liberdade exterior individual de crença e coletiva.

O artigo 18 da DUDH declara ser um direito humano a liberdade de pensamento, consciência e religião, enquanto o artigo 12 da Convenção Americana reitera os mesmos direitos e adiciona que a liberdade religiosa inclui “a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado” ressaltando que o direito de conduta ou ação conforme a religião ou crença deve ser garantido a cada ser humano. Não basta proteger a liberdade de crença na esfera interna, mas também em sua projeção em condutas e atos.

Estando o Brasil vinculado a ambos documentos, e tendo por princípio nas suas relações internacionais a prevalência dos os direitos humanos (CF art. 4, II), está o Brasil

---

<sup>236</sup> Segue o site da ONU onde é possível verificar o *status* de ratificação de cada país do mundo quanto aos tratados internacionais de direitos humanos. Disponível em: <<http://indicators.ohchr.org/>>. Acesso em: 20 dez. 2016.

<sup>237</sup> De acordo com o voto vencedor do ministro Gilmar Mendes, foi estabelecida a tese da supralegalidade para os tratados de direitos humanos assumidos pelo Brasil antes da EC 45/04, tornando assim todos os tratados até então acima de qualquer lei que não fosse a Constituição. Segue excerto do voto em sua conclusão: RE 466.343-SP. **“Em conclusão, entendo que, desde a ratificação, pelo Brasil, sem qualquer reserva, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e da 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, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação”. (grifo nosso).

inserido nessa lógica de proteção e promoção das liberdades religiosas, e após fazer acertada escolha política e jurídico-constitucional deve se manter na coerência da mesma.

## 5 A SEPARAÇÃO ESTADO-IGREJA E OS MODELOS DE RELACIONAMENTO ENTRE AMBOS

Em 1791 foi inscrita nas Declarações de Direitos dos Estados Unidos a primeira emenda à Constituição Americana, consagrando, pela primeira vez, na história do constitucionalismo preceitos imprescindíveis para a noção de liberdade moderna, em particular a liberdade religiosa.

A primeira emenda americana<sup>238</sup> consagrou a liberdade de expressão do pensamento e consciência, ao mesmo tempo que limitou expressamente o Estado de invadir o âmbito moral e intelectual dos cidadãos por meio de qualquer medida restrigente, com imposição ou restrição direta na esfera das condutas religiosas dos indivíduos (*free exercise clause*), ou pela via do posicionamento estatal em prol de uma ou outra perspectiva mundivisional de crença (*establishment clause*) que viesse a tornar o Estado um ator participante junto aos indivíduos no livre mercado de ideias morais e religiosas.

A cláusula do livre-exercício religioso (*free exercise clause*) e a cláusula de separação Estado-Igreja (*establishment clause*), propositalmente acompanhadas, exercem respectivamente as funções de reconhecimento da expressão dos direitos religiosos individuais assim como asseguram a garantia de que tais direitos sejam respeitados e adequadamente acomodados em um ambiente de neutralidade estatal para com o fenômeno religioso, com o propósito de promover a igualdade material necessária para o atingimento dos potenciais de cada indivíduo em suas convicções religiosas, em uma ordem constitucional plural e inclusiva.

Este tópico, ao descrever o desenvolvimento e os modelos de separação Estado-Igreja, o fará a partir da percepção de que o Brasil apoia-se em uma tradição constitucionalista de separação entre Estado e Igreja estabelecida de modo inovador no continente americano, tradição contemplada em 1988, que priorizou, tal como a primeira emenda americana, o respeito inviolável da liberdade de exercício religioso (art. 5º, VI, VII

---

<sup>238</sup> Primeira Emenda da Constituição americana de 1791: “O congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas.”

e VIII da CRFB/88) e a manutenção da neutralidade estatal em assuntos confessionais (art. 19, I da Carta), elementos essenciais para o Estado na condução da diversidade de credos, com igualdade e não-vinculação confessional.

## 5.1 DO DISCURSO RELIGIOSO AO DISCURSO JURÍDICO DA CLÁUSULA DE SEPARAÇÃO ESTADO-IGREJA

A cláusula da separação Estado-Igreja é uma expressão amadurecida do discurso jurídico e político do constitucionalismo moderno, tendo em vista que a separação de confissões religiosas da política, em sua trajetória recente, tributa a sua causa ao reconhecimento de uma separação muito mais profunda entre as esferas espiritual e a temporal, relacionada com o discurso religioso.

Nesta breve recuperação histórica do desenvolvimento da *establishment clause*, no contexto moderno, é pertinente observar sinteticamente o seu desenrolar desde o período pré-cristão, seguindo pela formulação do princípio pelo Mestre cristão, que separou o que era “de Deus e de César”<sup>239</sup>, passando, posteriormente, pelo período de supremacia da Igreja institucionalizada e finalizando com as reformas cristãs no período moderno até a criação da cláusula jurídica no contexto americano.

Neste magistério, os professores Canotilho, Mendes, Wolfgang Sarlet e Streck descrevem o desenvolvimento histórico ao relatarem a efetivação na Constituição brasileira da cláusula de separação entre Estado e Igreja, presente no art. 19, inciso I, relatando sua origem como ideia no decorrer do tempo:

Na antiguidade, o monismo identificava o poder político e a religião, uma característica fundamental do mundo pré-cristão, religioso (teocentrismo), ora do poder político (cesaropapismo). Em qualquer variante, o indivíduo estava dissolvido nas práticas da comunidade. O dualismo (a Deus o que é de Deus e a César o que é de César), com a valorização cristã da personalidade individual, afirma a independência entre poder político e religioso, mas o paradigma teocêntrico da Idade Média tornaria mais problemática a clara delimitação das esferas. No início, a Igreja afirmou seus direitos em relação ao Estado (hierocracia) – a *libertas ecclesiae* (liberdade eclesiástica) era prerrogativa da Igreja Católica com sua

---

<sup>239</sup> Mateus 22:21. BÍBLIA. *Bíblia de referência Thompson*. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: ed. Vida, 2005.

pretensão teológica exclusiva de corporificar a verdade, e a regra era a intolerância com o pluralismo religioso (daí a noção de heresia e os desdobramentos da Inquisição); depois, há gradativa supremacia do Estado (regalismo). Só com o constitucionalismo os cidadãos passam a ter direitos em relação a ambos (Igreja e Estado). A Reforma Protestante desencadeia as guerras religiosas, que se relacionam como advento do Estado Moderno, que é soberano como solução política para os conflitos teológicos. O processo passa pela questão da tolerância religiosa e da igualdade entre as confissões e ainda de mãos dadas com a progressiva juridicização da liberdade de consciência. O *constitucionalismo* liberal e revolucionário, com postulados contratualistas e jusnaturalistas, funda raízes no paradigma secular e racional e desemboca no discurso jurídico-constitucional, que proclama o direito à liberdade religiosa. É consabida a tese de Jellinek de que a liberdade religiosa, nas colônias anglo-americanas, está na origem da ideia de consagração legislativa de um direito universal do homem. É a primeira emenda (1791) da Constituição Americana que consagra o direito à liberdade religiosa (*free exercise clause*) e o princípio da separação Igreja/Estado (*establishment clause*). Já na Europa, tendo em vista a tradição histórica de unidade teológica-política, seja no primado católico, protestante ou ortodoxo, a sedimentação jurídico-constitucional sofreu maiores vicissitudes.<sup>240</sup>

Podemos compreender que no desenvolvimento até a concretização constitucional da cláusula de separação, houve necessidade de se apreender a noção de que há uma esfera espiritual individual que é autônoma, não se confundindo com a organização social da qual tais indivíduos tomam parte. Neste sentido, as antigas civilizações pré-cristãs não lograram estabelecer uma ordem jurídica na qual os seus súditos pudessem ser reconhecidos, pelo poder político, como entes autônomos em suas concepções individuais de moral e de crença religiosa, não confundidas com a do próprio Estado (teocracia). No máximo, em alguns casos como o dos romanos ou dos governantes mulçumanos, era permitido pelo poder político que os povos derrotados mantivessem seus cultos, com certa coexistência das mundividências, enquanto não incomodassem o *status quo* da religião dos governantes.

O cristianismo apresenta então o conceito revolucionário<sup>241</sup> no qual o indivíduo, sem deixar de lado suas obrigações religiosas com o próximo, com a sociedade e autoridades, toma consciência da sua individualidade e responsabilidade para com o seu destino

<sup>240</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. Coord. científica; LEONCY, Léo Ferreira, Coordenação executiva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2014, p. 267.

<sup>241</sup> “Foi o cristianismo que, pela primeira vez, concebeu a ideia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo”. MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos fundamentais e direito privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006, p. 112.

espiritual, centrado na crença de que apenas Deus era a autoridade a ser obedecida em matéria espiritual, sem qualquer intermediário entre Este e o homem<sup>242</sup>.

É neste sentido que temos, como antecedente da cláusula jurídica de separação Estado-Igreja, a separação entre as esferas espiritual e temporal, sendo tal separação um mandamento do mestre cristão, Jesus. É por esta razão que Cristo afirma que a vida e condutas do cristão se dá, em primeiro lugar, em “amar a Deus acima de todas as coisas” e, em segundo lugar, “amar ao próximo como a si mesmo”.<sup>243</sup> Em outras palavras, ao mesmo tempo em que se reconhece a obrigação temporal do indivíduo para com o bem-estar do próximo, e a submissão para com as autoridades nas matérias civis<sup>244</sup>, é estabelecida como sagrada a relação entre Deus e o homem, na esfera espiritual, devendo o cristão, nesta seara, ter firme compreensão de que “antes importa obedecer a Deus do que aos homens”.<sup>245</sup>

Esta contribuição cristã é basilar para o que então se desenvolverá no campo do discurso político e constitucional nos tempos modernos. Nas palavras de Machado:

O Cristianismo vem introduzir dados radicalmente inovadores na conceitualização das relações entre o político e o religioso, podendo falar-se, sem qualquer exagero, de um *apport* verdadeiramente revolucionário. É ao cristianismo que fica a dever-se, em grande parte, a superação do monismo anterior, bem como a emergência, no discurso desse processo, de ideias que se revelariam da maior importância nos desenvolvimentos teórico-políticos subsequentes que estariam na base do constitucionalismo liberal, com profundas implicações no próprio plano internacional.<sup>246</sup>

É verdade que, na época, os então colonos americanos, tinham grande influência dos autores europeus e iluministas (como Rousseau, Voltaire e Paine) quanto à contribuição secularizada da noção de separação entre a esfera espiritual e a temporal. Contudo, há aqui

<sup>242</sup> 1 Timóteo 2:5. BÍBLIA. *Bíblia de referência Thompson*. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: ed. Vida, 2005. “Porque há um só Deus, e um só Mediador entre Deus e os homens, Cristo Jesus, homem”.

<sup>243</sup> Mateus 22:37-40. BÍBLIA. *Bíblia de referência Thompson*. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: ed. Vida, 2005.

<sup>244</sup> *Ibidem*, Romanos 13:1 “todas as pessoas estejam sujeitas às autoridades superiores”. Em 1 Timóteo 2:1,2 temos: “façam súplicas, orações, intercessões e ações de graças por todos os homens, pelos reis e por todos que exercem autoridade”.

<sup>245</sup> *Ibidem*, Atos 5:29. “Respondeu Pedro e os apóstolos: mais importa obedecer a Deus do que aos homens!” Neste diapasão temos também Machado: MACHADO, Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 19-20.

<sup>246</sup> MACHADO, Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 17-18.

duas questões: a primeira é que, na Europa, essa noção secular de separação das esferas da crença e dos poderes políticos era estabelecida de duas formas: por meio de institutos de união entre o poder político e o religioso, como na Inglaterra; ou pela laicidade francesa, revestida muito mais de uma ojeriza ao fenômeno religioso do que uma madura compreensão da neutralidade estatal frente às confissões religiosas, fruto daquela “tradição histórica de unidade teológica-política, seja no primado católico, protestante ou ortodoxo”<sup>247</sup>.

Uma segunda questão sobre o *quantum* da contribuição iluminista que, embora relevante, não teria sido necessariamente a causa principal para a criação da *establishment clause*, está no fato que o *disestablishment* (separação entre Estado-Igreja) foi um movimento popular, sendo que no contexto era a religião, e não o Iluminismo, que influenciavam predominantemente. A noção anticlerical dos filósofos franceses não representava os súditos comuns da colônia americana. Tem-se que os livros mais lidos e influentes na época eram a Bíblia e o livro dos Mártires de John Fox, livro este que relatava as agruras infringidas pelas autoridades religiosas autoritárias e opressivas com acesso ao poder civil.<sup>248</sup>

Neste ponto, é interessante notar a famosa carta escrita por Thomas Jefferson em 1802, endereçada aos batistas de Danbury, onde Jefferson cunha a atual expressão *wall of separation between Church and State* (muro de separação entre Igreja e Estado), na qual o

---

<sup>247</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. coordenação científica; LEONCY, Léo Ferreira, Coordenação executiva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2014. p. 267.

<sup>248</sup> “A cláusula de separação Estado-Igreja na América foi um movimento popular em que a religião, e não o Iluminismo, influenciou predominantemente. ‘No nível estatal, onde a Separação tomou lugar, o vasto número daqueles que apoiavam a cláusula de separação, não o fizeram por razões de racionalismo, secularismo ou pragmatismo. Pelo contrário, eles eram pessoas religiosas que buscavam razões bíblicas para a separação entre Estado-Igreja’. A preferência de Jefferson pelo Iluminismo cético francês era uma tendência da elite. Os filósofos franceses céticos e anticlericais não tinham representação nas pessoas comuns da rua nas colônias americanas. Depois da Bíblia, o livro mais influente nas colônias não era escrito por Rousseau, Voltaire ou Paine. Era sem dúvida o livro de John Fox, O Livro dos Mártires, um caso histórico do mal que as autoridades religiosas causaram com a opressão centralizada no acesso ao poder civil. No âmbito local, as ideias religiosas eram penetrantes, profundamente arraigadas e influentes”. No original: “Disestablishment in America was a populist movement where religious, and not Enlightenment, influences predominated. ‘At the state level, where the work of disestablishing did take place, the vast number of those pushing for it were not doing so out of rationalism, secularism, or pragmatism. Rather, they were religious people who sought disestablishment for (as they saw it) biblical reasons’. Jefferson’s preference for the skeptical, French Enlightenment was an elite phenomenon. The skeptical anti-clericalism of the French philosophers did not characterize the common man in the street in the American colonies. After the Bible, the most influential book in the colonies was not written by Rousseau, Voltaire, or Paine. Rather, it was undoubtedly John Fox’s *Book of Martyrs* – an extended Protestant case history of the evils of centralized oppressive religious authority with access to civil force. At the local level, religious ideas were pervasive, deeply held, and profoundly influential”. MILLER, Nicholas Patrick. *The religious roots of the first amendment: dissenting protestants and the separation of church and state*. 1ª ed. New York: Oxford University Press, 2012, p. 4-5.

conceito já incorporado em discurso jurídico é marcadamente sublinhado pelo Fundador (*founding father*) com argumentos muito semelhantes aos do cristianismo primitivo e da Reforma protestante em relação à autonomia de cada indivíduo no âmbito espiritual (e não submetido ao campo civil e político).

Jefferson descreve, a partir de justificativas teológicas, a separação das esferas espiritual e temporal e entende ser esta a causa principal do estabelecimento, no discurso jurídico-constitucional, da cláusula de separação Estado-Igreja. Vejamos um trecho da carta citada:

Crendo com você que religião é um assunto restrito somente entre o homem e seu Deus, que o homem deve fé e adoração a ninguém mais, que os legítimos poderes do governo limitam-se apenas a ações e não a opiniões, eu contemplo com reverência soberana o ato do povo americano que declarou que o legislativo não deveria “legislar em respeito ao estabelecimento de religião, ou proibir o livre exercício da mesma”, construindo assim, um muro de separação entre Igreja e Estado.<sup>249</sup>

A noção de Jefferson na qual o governo dos homens não tem que ver com a relação estabelecida entre Deus com o homem é fruto de conclusões que, já há muito, foram estabelecidas por pensadores que buscavam solucionar o conflito entre a liberdade de consciência e crença pós Reforma com os limites do Estado para com essas liberdades. Um grande influenciador neste campo do pensamento, e também dos *Founding Fathers*, foi o filósofo inglês John Locke.

Locke, profundo defensor da liberdade religiosa<sup>250</sup> já no século XVII, em *Carta Acerca da Tolerância*, parte de argumentos absolutamente cristãos para justificar que a força e a coerção são instrumentos típicos do governo civil, mas que estas instâncias não têm lugar na dimensão da crença e da religião, que são frutos da persuasão e convencimento livre, e unicamente determinadas pelo indivíduo, sem jamais ser submetido a sofrimento corpóreo para alterar suas opiniões religiosas.<sup>251</sup>

---

<sup>249</sup> Carta escrita por Thomas Jefferson para os Batistas de Danbury na data de 1º de janeiro de 1802. Library of Congress. Disponível em: < <https://www.loc.gov/loc/lcib/9806/danpre.html> >. Acesso em: 20 dez. 2018.

<sup>250</sup> Tolerância foi o termo que Locke usou, contudo, ao ler *Carta Acerca da Tolerância* fica claro que o autor, estabelece um direito subjetivo não afeito à concordância ou não da sociedade política. Era quase que um direito fundamental. Daí que neste sentido, o termo se afasta da ideia de “tolerância” que pode ser concedida ou suspendida a qualquer momento pelo soberano.

<sup>251</sup> LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Coleção Os pensadores), p. 12.

Busca Locke, então, em sua época, distinguir os limites entre o magistrado (governo civil) e a religião. Define ele que cabe à sociedade civil a “preservação e melhoria dos bens civis de seus membros”, tais bens como “vida, a liberdade, libertação da dor, a saúde física, terras, dinheiro, móveis etc.” Já a Igreja seria uma “sociedade livre de homens, reunidos entre si por iniciativa própria para o culto público de Deus, de tal modo que acreditam que será aceitável pela Divindade para a salvação de suas almas”.<sup>252</sup> Arremata o filósofo que, pelo mesmo princípio de tolerância cristã que impede ao Estado invadir o âmbito de crença e culto religiosos, também estão obrigados as igrejas e os indivíduos a mutuamente tolerar a diversidade de opinião em matéria espiritual.<sup>253</sup>

É percebido que o discurso teológico-confessional, no seu elemento de valorização do lugar do indivíduo no plano espiritual e temporal, foi contributo fundamental da noção secular jurídico-constitucional da cláusula de separação entre o Estado e as confissões religiosas. Assim, combinando elementos histórico-ideológicos desde o fim do monismo religioso com as Reformas religiosas até o Iluminismo (sendo este último também influenciado por motivos teológicos em sua percepção secular da ideia de separação<sup>254</sup>), houve um interessante amalgamento de abordagens que alteraram o cenário ocidental do relacionamento entre Igreja e Estado.

## 5.2 AS RELAÇÕES ENTRE ESTADO E AS CONFISSÕES RELIGIOSAS

Trataremos, a seguir, das diversas relações entre Estado e Igreja travadas ao longo da história ocidental, ressaltando as características daquelas que melhor se aproximam de um espaço mais pleno para o desenvolvimento do princípio da liberdade religiosa.

### 5.2.1 O desenvolvimento das relações Estado-Igreja

---

<sup>252</sup> LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. Tradução de Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Coleção Os pensadores), p. 11-12.

<sup>253</sup> *Ibidem*, p. 9.

<sup>254</sup> Entre muitos exemplos de autores influenciados por pressupostos religiosos estão os contratualistas e jusnaturalistas, como Bodin, Hobbes e Locke.

Em sede de desenvolvimento dos tipos de relações entre Estado e Igreja até o que temos hoje consagrado na nossa Constituição, poderíamos descrever, de modo resumido, que a evolução partiu de um primeiro momento monista de completo amalgamento entre religião e o Estado (aqui em termos genéricos) até um momento dualista, em que a ideia de esferas espiritual e temporal separadas será gradualmente desenvolvida para a noção mais ampla desta concepção, como a consagrada na primeira emenda da constituição americana, a de Separação entre Estado e Igreja.

Afonso da Silva especifica mais os conceitos de monismo e dualismo, e gradua o desenvolvimento da relação entre Estado e Igreja pela seguinte nomenclatura sistemática: 1) confusão; 2) união; e 3) separação.<sup>255</sup> De acordo com o mestre, no modelo de confusão o “Estado se confunde com determinada religião, é o Estado teocrático, como o Vaticano e os Estados Islâmicos”. No sistema de união, “verificam-se relações jurídicas entre o Estado e determinada igreja concernente à sua organização e funcionamento” a exemplo do que ocorreu com a Igreja Católica e o Império brasileiro da Constituição Imperial de 1824.<sup>256</sup>

Já o sistema de separação, iniciado no Brasil com o decreto 119-A de 1890, por influência de Ruy Barbosa, “consolida a separação e os princípios básicos da liberdade religiosa, respeitando as vocações religiosas”, sendo o sistema sob o qual o Brasil desenvolverá, ao longo de suas Constituições, maior respeito à liberdade religiosa.

Com a classificação dada por Afonso da Silva podemos reconhecer que, relativamente ao fenômeno religioso, o momento monista estaria caracterizado pela confusão entre igrejas e Estado. Sendo que o momento de dualismo, em que já há uma diferença entre as esferas espiritual e temporal, estaria representado pelos modelos de união e de separação entre confissões religiosas e poder político.

O princípio da separação entre Estado e Igreja, como resultado do constitucionalismo liberal<sup>257</sup>, se relaciona com um contexto em que o cidadão-indivíduo é o fim do Estado, e suas capacidades morais e intelectuais devem ser preservadas dentro de um

---

<sup>255</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013, p. 252.

<sup>256</sup> Art. 5º da Constituição do Império registrava que: “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.” BRASIL. *Constituição Política do Imperio do Brazil*. Outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em 31 dez. 2018.

<sup>257</sup> MACHADO, Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 305.

ambiente fértil às realizações das liberdades impostas pela capacidade criativa de pessoa. Assim, em uma lógica de sociedade inclusiva com respeito às diferenças reconhecidas por direitos fundamentais, deverão ser afastadas as concepções de relação entre Estado e igrejas que tolham o propósito de respeito à dignidade da pessoa humana.

Haveriam, portanto, de ser superados os modelos de relação que contivessem “união teológico-política, rejeitando-se os modelos de base teocrática ou hierocrática como os de base cesaropapista ou regalistas, nas suas múltiplas manifestações”.<sup>258</sup> A noção moderna de liberdade ocidental não comporta submeter o indivíduo à imposição da “verdade” de um sistema que confunde igreja e Estado, ou de sistemas que alternadamente se arroguem na posição de definirem – Estado ou Igreja – qual verdade religiosa, ainda que simbólica (Estado confessional com autonomia do exercício religioso), deve prevalecer sobre o cidadão. Este deve ter plena autonomia de crença e prática religiosa em ambiente que não promova influências por parte do Estado e confissões religiosas com atribuições estatais. Estes devem ficar distantes do indivíduo no que se refere a fazer uso de qualquer instrumento estatal de força e coerção para conformar opiniões e ações religiosas.

Jorge Miranda nos ajuda a compreender, em sua classificação das relações entre Estado e confissões religiosas, as nuances dos Estados que possuem união “teológico-política”. Descreve o autor que entre os Estados de matiz teológico-político, em primeiro lugar, há os que apresentam plena identificação entre religião e poder político, como os teocráticos, com supremacia do religioso sobre o político; e os cesaropapistas, em que prevalece o político sobre o religioso.

Há, também, uma modalidade em que Miranda entende já haver reconhecimento individualizado do plano espiritual e temporal, contudo há ainda uma relação simbiótica danosa para a liberdade religiosa. Estes modelos são caracterizados pela união entre o Estado e uma confissão religiosa, como ocorre na Inglaterra, Dinamarca, Noruega e Grécia, por exemplo.

Superados os modelos de relação teológico-política nos seus vários matizes, teríamos que considerar, ainda, como ineficazes para a concretização do princípio de liberdade religiosa os modelos que, embora sejam de separação, veem o fenômeno religioso e a verdade teológica como uma verdade obsoleta, devendo ser substituída pela verdade

---

<sup>258</sup> MACHADO, Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 305.

científica, sendo o Estado o meio pelo qual se efetiva apenas a verdade entendida como epistemológica (verificável empiricamente).

Esses modelos que se apresentam com distância pejorativa da religião podem variar entre um grau mais tolerante de convivência com a verdade teológica, como é o caso do Estado laicista, que apresenta uma separação radical para com as confissões religiosas, até um modelo de total repulsa e hostilidade ao fenômeno religioso, como no Estado ateu que, para além de um modelo de separação, adota um modelo de supressão ou oposição ao fenômeno religioso.

Quanto ao modelo laicista, entende Machado que este proporcionou relevante contribuição para a “consolidação jurídico-constitucional da igual liberdade religiosa das minorias e da separação das confissões religiosas do Estado”<sup>259</sup>. O motivo é que o laicismo buscou ser uma resposta firme aos privilégios da religião tradicional no direito público, bem como ser contra a dominação religiosa da verdade e sua imposição pelos poderes políticos.<sup>260</sup>

Assim, do laicismo obtemos duas claras lições para com a correta aplicação do princípio de separação do Estado e das confissões religiosas. Do mesmo modo que o laicismo busca esvaziar do fenômeno religioso a sua verdade teológica, substituindo esta pela supremacia da verdade científica e secularizada no espaço público, criando um verdadeiro monismo mundividencial de caráter antirreligioso, deve o sistema constitucionalista, pautado no pluralismo de ideias, eximir-se de patrocinar um ambiente de validação de visões de mundo com privilégios a esta ou àquela corrente de pensamento.

Do pensamento laicista, o constitucionalismo deve reter a ênfase na liberdade de pensamento e da religião, bem como no princípio da neutralidade do Estado e dos espaços públicos. No entanto, deve rejeitar-se qualquer intencionalidade anti-religiosa ou antimetafísica. Se o princípio da separação preclui a concessão de um qualquer privilégio epistemológico à razão teológica, também o faz relativamente à razão secularizada.<sup>261</sup>

---

<sup>259</sup> MACHADO, Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 307.

<sup>260</sup> MACHADO, Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 317.

<sup>261</sup> *Ibidem*, p. 307-308.

### 5.2.2 O modelo brasileiro: separação Estado-Igreja

É sabido que o direito brasileiro não tem uma lei específica e única disciplinando, didaticamente, a liberdade religiosa em princípios e regras, como o fez, por exemplo, Portugal<sup>262</sup>. Em um primeiro momento essa ausência legislativa pode causar um certo incômodo, mas este é logo superado pela majoritária coerência que o ordenamento confere às normas do tema em sede constitucional.

O princípio da separação Estado-Igreja no ordenamento brasileiro é identificado pelos doutrinadores e juristas a partir do art. 19, inciso I da Carta Magna. *In verbis*: “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – Estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

Embora não identificado explicitamente no dispositivo, o que se compreende na doutrina é que o modelo adotado pelo Brasil desde o decreto 119-A de 1890 até 1988 muito se assemelha com o de Separação entre Estado e Igreja, considerando o desenvolvimento sempre crescente e ampliativo que cada Constituição deu ao fenômeno religioso até o momento atual.

O modelo de separação, tal como desenhado pela Carta de 1988, seria o modelo mais expressivo e avançado para com o reconhecimento e aplicação dos direitos oriundos do princípio da liberdade religiosa no Brasil. Temos, assim, o artigo 5º com os incisos VI, VII e VIII, e o artigo 150, VI, b, somados ao art. 19, I como eixos principais que estabelecem objetivamente os fundamentos e origens quanto ao respeito inviolável à liberdade de crença e as condutas externalizadas em âmbito privado e público.

Em análise aos verbos nucleares do artigo 19, I já citado acima, compreendia Pontes de Miranda que:

*Estabelecer* cultos religiosos está em sentido amplo: criar religiões ou seitas, ou fazer igrejas ou quaisquer postos de prática religiosa, ou propaganda. *Subvencionar cultos religiosos* está no sentido de concorrer, com dinheiro ou outros bens da entidade estatal, para que se exerça a

<sup>262</sup>PORTUGAL. *Lei da Liberdade Religiosa n. 16/2001*. Disponível em: <[https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/106639383/201512300000/diploma?did=34483475&\\_LegislacaoConsolidada\\_WAR\\_drefrontofficeportlet\\_rp=indice](https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/106639383/201512300000/diploma?did=34483475&_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice)>. Acesso em 07 jan. 2019.

atividade religiosa. *Embaraçar o exercício* dos cultos religiosos significa vedar, ou dificultar, limitar ou restringir a prática, psíquica ou material, de atos religiosos ou manifestações de pensamento religioso.<sup>263</sup>

Com a contribuição doutrinária podemos concluir que o dispositivo se dirige aos limites para o Estado, reforçando deste modo a liberdade de exercício religioso do indivíduo.

### 5.2.3 Princípio de separação, dignidade, igualdade e pluralismo

A dignidade da pessoa humana é o substrato valorativo a partir do qual se constrói toda a sistemática dos direitos fundamentais, sendo também o valor máximo que justifica a limitação do Estado diante das faculdades intelectuais e morais do indivíduo e que ainda estabelece ao Estado a sua finalidade precípua e última de conservar uma sociedade política para proteger, manter e promover a dignidade dos seus cidadãos.

Esta noção do ser humano como um fim em si mesmo, e, portanto, digno de ser protegido por uma ordem jurídica amparada por princípios teleológicos de promoção da liberdade moral e intelectual do indivíduo foi claramente recepcionada pelo Brasil e pela Constituição brasileira de 1988 com o reconhecimento da "dignidade da pessoa humana" entre os "fundamentos da República Federativa Brasileira".<sup>264</sup>

Seguindo a conclusão do constitucionalismo moderno, o Brasil alinha-se a essa visão na compreensão de que, sem a devida consideração para com o atributo central do ser humano na estruturação da ordem político-jurídica, sendo este atributo sua capacidade intelectual e moral de se diferir dos outros seres humanos e do mundo, não haveria sustentação suficiente para construir um Estado que pudesse levar a cabo o objetivo fundamental de "construir uma sociedade livre, justa e solidária".<sup>265</sup>

Para que o princípio da dignidade humana tenha a possibilidade de enraizar-se e frutificar em proporções cada vez maiores em uma sociedade política é necessário que haja respeito constante pela liberdade, consequência direta deste princípio. E esta liberdade de

---

<sup>263</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. 2ª ed. São Paulo: ed. RT, 1970, t.II, p. 185.

<sup>264</sup> Constituição Federal de 1988, art. 1º, *caput*, e inciso III: "A República federativa do Brasil (...) tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana".

<sup>265</sup> Constituição Federal de 1988, art. 3º, *caput*, e inciso I.

acesso aos direitos deve ser igualmente disponibilizada para todos os indivíduos<sup>266</sup>, com incentivo a solidariedade para com a diferença. Como o ser humano é capaz de definir a si próprio, cada ser humano será diferente do outro. Daí a necessidade de sermos solitários mutualmente para alcançarmos um espaço de convivência saudável. e a sua aceitação é justamente a prova final de que o pilar da dignidade humana (fundamento da República brasileira) está preenchido com o material sólido do entendimento de que o ser humano não é meio, mas o fim em si próprio.

Ao falar sobre a imperatividade de aceitarmos a diferença nos outros indivíduos, Hannah Arendt, capacitada pelo estudo teórico e pela experiência prática vivida no contexto do autoritarismo nazista alemão, ressalta o valor do princípio da dignidade humana pelo viés político e filosófico, alertando a respeito dos resultados catastróficos de subtrair das pessoas o direito de serem consideradas com dignidade.

Após observação da autora da imposição dos governos autoritários sobre os indivíduos durante a guerra, Arendt afirma que se for tirado do ser humano o direito de exercer a sua dignidade – capacidade de reconhecer sua diferença e suas necessidades, e de ter autonomia para expressar em palavras e ações sua escolha de satisfazer essas necessidades – isso seria o mesmo que lhe tirar a vida.

Sufocar esta faculdade humana de expressar e viver sua diferença entre os demais seres humanos é a morte. A vida humana, nas palavras de Arendt, só é uma realidade se a pessoa puder externar suas palavras e ações, concebidas conscientemente:

Só o homem, porém, é capaz de exprimir essa diferença e distinguir-se; só ele é capaz de comunicar a si próprio e não apenas comunicar alguma coisa – como sede, fome, afeto, hostilidade ou medo. No homem, a alteridade, que ele tem em comum com tudo o que existe, e a distinção, que ele partilha com tudo o que vive, tornam-se singularidade, e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade de seres singulares. Essa distinção singular vem à tona no discurso e na ação. Através deles, os homens podem distinguir-se, ao invés de permanecerem apenas diferentes. (...) A vida sem discurso e sem ação – único modo de vida em que há sincera renúncia de toda vaidade e aparência na acepção bíblica da palavra – está literalmente morta para o mundo; deixa de ser uma vida humana, uma vez que já não é vivida entre os homens.<sup>267</sup>

---

<sup>266</sup> O Brasil garante que todos os indivíduos terão igualdade desde o ápice normativo, para satisfazerem suas necessidades fundamentais da pessoa humana. Art. 5º, *caput* da Constituição de 1988.

<sup>267</sup> ARENDT, HANNAH. *A condição humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p.189.

Preservar desde a ordem jurídico-constitucional a liberdade de ser diferente, por compreensão da singularidade de cada sujeito, nos permitirá afirmar que convivemos em uma comunidade plural<sup>268</sup> que preserva a igualdade de todos no tocante à liberdade garantindo que a diferença seja respeitada na medida necessária ao florescimento das capacidades práticas intelectuais e morais humanas.

A noção de dignidade humana tem no Ocidente a sua origem no discurso teológico judaico-cristão (o Homem feito à imagem e semelhança divina),<sup>269</sup> contudo em seu desenvolvimento foi racionalizada e secularizada a ponto de incluir em sua generalização principiológica “as ideias do livre desenvolvimento pessoal e social do ser humano, nas dimensões físicas, intelectuais e espirituais, e de garantia de recursos materiais que possibilitem o acesso a um nível mínimo de existência humanamente digna a todos os indivíduos”.<sup>270</sup>

Neste sentido, a dignidade humana passa da ideia religiosa de origem para a compreensão secular, que encontra terreno no discurso constitucional e jurídico das Constituições modernas. Deste modo, a dignidade humana não é mais “propriedade da religião em geral ou de uma confissão em particular”, mas se desdobra em um sistema de “múltiplas posições jurídicas, entre as quais se encontra a liberdade religiosa”.<sup>271</sup>

Considerações feitas a respeito da dignidade humana e suas resultantes liberdade e igualdade com resguardo da diferença de cada indivíduo em uma comunidade plural e

---

<sup>268</sup> *Ibidem*, p. 188. “A pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto de igualdade e diferença. Se não fossem iguais, os homens seriam incapazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, ou de fazer planos para o futuro e prever as necessidades das gerações vindouras. Se não fossem diferentes, se cada ser humano não diferisse de todos os que existiram, existem ou virão a existir os homens não precisariam do discurso ou da ação para se fazerem entender”.

<sup>269</sup> Na Declaração de Independência Americana, de 1776, temos o exemplo que seria seguido por muitos documentos nacionais e internacionais que ressaltam a ideia da origem divina para com a concessão da faculdade do livre-arbítrio e liberdade de consciência. “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados”. Disponível em: [http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas\\_Direitos\\_Humanos/DECLARA%C3%87%C3%83O%20DE%20INDEPENDENCIA%20DOS%20EUA%20-04%20de%20julho%20de%201776%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf](http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/DECLARA%C3%87%C3%83O%20DE%20INDEPENDENCIA%20DOS%20EUA%20-04%20de%20julho%20de%201776%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf). Acesso em 07 jan. 2019.

<sup>270</sup> MACHADO, Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 193.

<sup>271</sup> *Ibidem*, p. 193, 195.

inclusiva, temos que esses elementos recebem concretização na esfera religiosa quando combinados com o princípio da separação entre Estado e as confissões religiosas<sup>272</sup>.

A ideia de separação entre Estado e Igreja permitirá que seja estabelecido um arranjo institucional coerente com um desenvolvimento das capacidades intelectuais e morais religiosas humanas como resultado de autênticas opções racionais, sem qualquer utilização de coerção estatal, seja de maneira explícita ou sutil.

A cláusula de separação é um pressuposto indispensável para a manutenção da pluralidade existencial e ética dos cidadãos. É por meio dela que se afastará do poder político público a sua pretensão de inquirir, tal como Pilatos, a pergunta: “o que é a verdade?”<sup>273</sup>, e se arrogar na posição de inquiridor da verdade, ou mesmo de guardador da verdade última.

O grande salto para a modernidade política no Ocidente está no sucesso de manter o Estado afastado e ocupado com funções seculares, e deixar que a busca “da verdade existencial e ética” fique no “âmbito da consciência individual e da tradição moral das diferentes confissões religiosas”.<sup>274</sup> O bom cidadão não é mais necessariamente um bom mulçumano, católico, anglicano, calvinista, luterano, ateu etc.

Ao mesmo tempo, não cabe ao Estado ser indiferente ou hostil à pergunta “o que é a verdade?”, e sim admitir sua neutralidade axiológica nesta seara, posicionando-se sempre em favor de que essa atividade seja feita pelos indivíduos ou associações de cidadãos, dentro da satisfação de suas faculdades éticas e morais de busca da verdade. Aos instrumentos estatais caberá zelar para que todos possam realizar e cumprir com as obrigações comuns a todos, sem que se veja comprometido o direito ao florescimento da personalidade humana em todas as suas áreas, filosófica, política e religiosa.<sup>275</sup>

---

<sup>272</sup> *Ibidem*, p. 305. “O princípio de separação das confissões religiosas do Estado é um produto do constitucionalismo liberal, assente no postulado da igual dignidade e liberdade a todos os cidadãos.

<sup>273</sup> João 18:38. BÍBLIA. *Bíblia de referência Thompson*. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: ed. Vida, 2005.

<sup>274</sup> MACHADO, Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 347.

<sup>275</sup> Entendemos que o inciso VIII, do artigo 5º da Constituição federal busca exatamente a finalidade de neutralidade axiológica da cláusula de separação Estado-Igreja no Brasil ao garantir aos cidadãos brasileiros que não se posicionará como árbitro das verdades ideológicas, metafísicas e transcendentais de ninguém, comprometendo-se que observará sempre o amplo direito de objeção de consciência individual. Abdica assim, claramente, o Estado brasileiro daquela prerrogativa que arrogava para si durante todo o período do império, época em que assumia a verdade Católica Apostólica Romana como a medida moral, ética e racional de toda a mundividência das pessoas do império. Em outras palavras, a medida para ser um bom cidadão, naquela

Machado nos apresenta uma justificativa bem concisa do porquê o Estado democrático de direito, incluindo o Brasil, ao assumir o princípio de separação Estado-Igreja, não deve mais se manter como um ator no espaço do livre mercado das ideias religiosas, e ao mesmo tempo como deve então conduzir-se:

A ordem constitucional livre e democrática não quer apresentar-se como o *fim da história*, no sentido de que afirma ter alcançado uma resposta definitiva para as questões últimas da existência humana. Diferentemente, ela visa apenas criar condições substantivas e estruturais que possibilitem que a busca humana de sentido e autenticidade tenha lugar num contexto político e social não totalizante, isento de coerção e discriminação.<sup>276</sup>

A separação constitucional entre confissões religiosas e Estado, inscrita no artigo 19, I da Magna Carta brasileira é uma cláusula que opera em prol da preservação das compreensões de mundo dos indivíduos (suas verdades), que ficarão ausentes de ingerências pelo poder público. Neste mister, podemos, com bom amparo teórico e da Lei Maior brasileira, compreender que a separação Estado-Igreja tem por objetivo buscar garantir, como finalidade: i) a liberdade religiosa individual; ii) a autodeterminação confessional; iii) a autonomia estatal perante as confissões religiosas; iv) a garantia institucional do princípio da igualdade; v) a abertura e pluralismo do espaço público; e vi) a vedação para instituir imposto sobre templos.<sup>277</sup>

A i) garantia de liberdade religiosa individual tem que ver com a permanente possibilidade do indivíduo de “formar, expressar e rever”<sup>278</sup> suas crenças e concepções religiosas do mundo. Neste sentido, haverá o Estado de agir, muitas vezes, de modo positivo para tornar possível a liberdade religiosa, sendo que sua omissão poderá contribuir para a violação da liberdade de crença. “Muito embora não se possa invadir as esferas íntimas das convicções religiosas individuais, é possível moldá-las, conformá-las ou direcioná-las”<sup>279</sup>.

---

época, equivaleria à medida de proximidade de que alguém viesse estar para com as crenças aceitas por um bom católico.

<sup>276</sup> MACHADO, Jónatas, *op. cit.*, p. 347.

<sup>277</sup> MACHADO, Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 347-355.

<sup>278</sup> *Ibidem*, p. 347.

<sup>279</sup> “Ao contrário do que é sustentado por alguns autores, que enxergam nessa dimensão pessoal da liberdade espiritual uma esfera que se mostra indiferente à atuação estatal, dada a impossibilidade de o Estado vir a penetrar nesta indevassável esfera da consciência individual, adotamos uma postura em sentido contrário, fundada na percepção de que, muito embora não se possa invadir as esferas íntimas das convicções religiosas individuais, é possível moldá-las, conformá-las ou direcioná-las.” PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. *A separação Estado-Igreja e a tutela dos direitos fundamentais de liberdade religiosa no Brasil*. 2007. 320f.

Neste aspecto, seria de uma impossibilidade lógica um Estado confessional eximir-se por sua força simbólica de violar a formulação, expressão ou revisão religiosa de cada cidadão.

Já a ii) autodeterminação confessional seria a garantia da não-ingerência estatal nas doutrinas e organização de cada corpo de crenças. Por um lado, essa medida garante que o Estado não fará uso oportunista da religião para fins de manipulação da população, em geral aquela parcela vinculada à religião majoritária, com destacada perseguição das correntes minoritárias. Por outro lado, endossa que a disputa das ideias religiosas não será desequilibrada pela ingerência estatal, seja na promoção da doutrina religiosa majoritária, seja na condenação da doutrina minoritária.

A iii) autonomia estatal perante as confissões religiosas impõe ao Estado total desvinculação em assumir uma particular visão religiosa de mundo. O poder emana de todos os cidadãos, e por isso a necessidade de conceder igualdade de exercer sua crença religiosa, sendo que ao Estado cabe neutralidade sem vinculação com a finalidade da religião. Exemplos históricos não faltam em que o Estado é utilizado como instrumento secular de visões religiosas monopolizadoras da conduta dos cidadãos.

Uma consequência imediata de uma associação indevida entre o Estado e uma confissão ou crença, em geral correspondente a parcela majoritária, seria a mitigação do iv) princípio da igualdade entre os cidadãos. Ao permitir que determinada perspectiva religiosa seja tomada como referência moral, ainda que apenas em alguns aspectos, como aqueles de importância histórica e cultural de determinada religião no país, há denunciável violação da igualdade formal e material na manutenção de um livre espaço de circulação de crenças entre os cidadãos, sejam eles adeptos a uma crença, alheios ou mesmo contrários a qualquer crença religiosa.

O princípio de separação Estado-Igreja, por meio de sua característica de neutralidade ante as confissões religiosas, garante a igualdade religiosa, pois visa manter sempre livre de qualquer estigma e preconceito a via entre o Estado e o cidadão, particularmente o cidadão pertencente à parcela de crenças (ou descrença) minoritárias com influência histórica e cultural reduzida na sociedade.

Por fim, ao manter-se neutro diante das diferentes posições confessionais de ver o mundo, pode o Estado garantir uma v) abertura e pluralismo do espaço público, em que será recebido, igualmente, a pluralidade de opiniões de cada cidadão, ficando estas submetidas às concordâncias e refutações de outros cidadãos, sem que haja qualquer valoração apriorística das opiniões por razão religiosa, ideológica, filosófica ou política. Assim, possivelmente não se chegará à solução pública perfeita para as necessidades da sociedade, mas serão alcançadas soluções purgadas pelas amplas contribuições e contestações mundividenciais sem restrição de valor quanto a sua origem (religiosa, ideológica etc) por parte do Estado.

Entendemos que o Brasil, na maneira em que estabelece o princípio de liberdade religiosa nos dispositivos da Constituição de 1988, optou por sua leitura dentro do escopo do modelo de relação Estado-Igreja do tipo separação. Neste modelo, o Brasil prima pela neutralidade estatal na efetivação dos direitos de exercício de religião, tanto na esfera privada do cidadão como no espaço público, tendo a garantia constitucional de que a inviolabilidade da liberdade de crença será mantida igualmente para todas as visões religiosas consideradas entre si, assim também quando consideradas com as outras perspectivas não religiosas integrantes da sociedade.

O Brasil, ainda, no âmbito constitucional, veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos municípios a instituição de impostos sobre “templos de qualquer culto”<sup>280</sup>, medida que, na visão de Alexandre de Moraes, seria um verdadeiro corolário do princípio de separação entre Estado-Igreja.<sup>281</sup>

Na ponderação das finalidades que a Constituição objetiva para com a inscrição do referido dispositivo, Moraes põe em perspectiva que a Lei Maior visa garantir a efetivação do direito fundamental de inviolabilidade de crença e também do livre exercício dos cultos religiosos, por meio da proteção das mundividências de todos os espectros ideológicos contra qualquer ingerência estatal. O constituinte reitera esta finalidade com a inclusão, em mesmo inciso, da vedação de instituir impostos não só contra templos de cultos, mas também contra partidos políticos. Nas palavras de Moraes:

Trata-se, pois, de garantia instrumental à liberdade de crença e cultos religiosos prevista no art. 5º, VI, do texto constitucional, cuja finalidade é impedir a criação de obstáculos econômicos – por meio de impostos –, à

---

<sup>280</sup> Constituição Federal de 1988, artigo 150, VI, b.

<sup>281</sup> MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 649.

realização de cultos religiosos. Igualmente, a Constituição de 1988 prevê imunidade tributária aos Partidos Políticos, para que se evite a possibilidade de nefasta utilização do poder de tributar do Estado com a finalidade de restrição e perseguições a determinadas ideologias.<sup>282</sup>

A postura adotada pela Carta brasileira de 1988, incorpora, perceptivelmente, dentro de sua disciplina jurídica de liberdade religiosa a tradição constitucionalista liberal, assumindo no discurso jurídico-constitucional a não-vinculação do Estado para com aqueles direitos oriundos da fonte da dignidade da pessoa humana: a liberdade de consciência.

Há na ordem constitucional moderna pleno respeito aos direitos de expressão, opinião, pensamento e crença, sendo todos eles elementos essenciais na manutenção do Estado democrático de direito, no qual o indivíduo é fim e não meio, e justamente por isso os cidadãos dispõem-se em perpétua vigilância dos atos do Estado e sua coerência no cumprimento da função de garantidor dos direitos fundamentais. É a liberdade de consciência fiscalizando a constante manutenção dos direitos derivados dela.

Neste sentido, temos no Estado um instrumento para o florescimento individual, confirmado por um posicionamento propositalmente de neutralidade com a finalidade de “autodeterminação existencial e ética do sujeito, a defesa do seu âmbito de racionalidade e de consciência traduz-se no reconhecimento de um direito geral de liberdade de consciência desdobrado de múltiplas posições jurídicas, entre as quais se encontra a liberdade religiosa”.<sup>283</sup>

Na condução dada por Moraes, temos a convicção de que, ao instituir a imunidade tributária dos templos de cultos, está a Constituição a privilegiar a liberdade religiosa, em seu princípio de separação Estado-Igreja, de modo a não permitir oportunidades de “perseguições a determinadas ideologias” e transgredir os limites do “muro de separação”.

Neutralidade estatal é a tônica sistemática da Lei Maior brasileira para com a liberdade religiosa. Vemos que o princípio de separação e neutralidade estatal está claro na inscrição da inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença<sup>284</sup>, que é garantida com

---

<sup>282</sup> *Ibidem*, p. 1782.

<sup>283</sup> MACHADO, Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 195.

<sup>284</sup> Art. 5º, VI, da Constituição brasileira.

a objeção de consciência<sup>285</sup> no âmbito dos atos individuais, e ainda na proteção dos atos religiosos coletivos com a imunidade tributária.

Interessante confirmar que a lógica de proteção do indivíduo na Constituição busca a plenitude, sendo os direitos e garantias outorgados ao fenômeno religioso também garantidos a outras áreas de externalização da consciência, como a convicção política e filosófica. A todos estes âmbitos é garantido a escusa de consciência e a imunidade tributária (âmbito religioso, político e educacional), para que não haja perseguição a nenhuma ideologia e, portanto, nenhuma gradação de valores morais, éticos e religiosos pelo Estado brasileiro para com os seus cidadãos.

Cabe, de forma conclusiva a este tópico, reforçar a compreensão de Bucchianeri Pinheiro quanto à importância e aos efeitos positivos que o princípio de separação Estado-Igreja proporciona para a liberdade religiosa em uma real e mais plena proteção do fenômeno religioso, assim como a todos os direitos tributários da liberdade de consciência:

O regime de separação, portanto, representa uma vitória da própria liberdade, pois a experiência tem demonstrado ser ele aquele que melhor garante a liberdade religiosa de maiorias e de minorias e ser ele o que melhor preserva o voluntarismo dos indivíduos e a autenticidade da fé. (...) Desse modo, ao favorecer a criação de uma verdadeira “cultura” de debate religioso e ao formular as bases de um ambiente democrático no qual o dissenso é visto como oportunidade de evolução ou consolidação de ideias, a cláusula de separação culmina por consagrar, a um só tempo, os princípios da liberdade religiosa e da liberdade de manifestação do pensamento e os valores fundamentais do pluralismo e da igual dignidade da pessoa humana.<sup>286</sup>

Temos no regime de separação uma condição indispensável para sustentar o princípio da liberdade religiosa.

---

<sup>285</sup> Art. 5º, VIII, da Constituição brasileira.

<sup>286</sup> PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. *A separação Estado-Igreja e a tutela dos direitos fundamentais de liberdade religiosa no Brasil*. 2007. 320f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 256, 258.

## **6 A EVOLUÇÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL: DO IMPÉRIO ATÉ 1988**

O Brasil tem percorrido um caminho visivelmente crescente na construção e fortalecimento das liberdades fundamentais por meio dos direitos e garantias adicionados à Lei Maior. As liberdades religiosas na história constitucional brasileira galgaram degraus cada vez mais protetivos e em consonância com a tradição constitucionalista ocidental de defesa das faculdades individuais de autonomia moral e intelectual, proporcionando uma sociedade cada vez mais voltada para a proteção da dignidade da pessoa humana.

Começando por uma mínima proteção e acomodação do fenômeno religioso incorporadas na primeira Constituição imperial, até sua versão mais plena entre todas as outras Cartas, a atual Constituição cidadã de 1988, podemos constatar uma adequação constitucional sempre mais sólida do princípio da liberdade de crença.

Nosso objetivo nesse tópico, novamente, não se trata de esgotar todas as minúcias possíveis sobre os direitos de religião presentes em cada Lei Maior já promulgada em solo brasileiro. Pretendemos, sim, dar continuidade ao que foi feito em cada tópico neste trabalho, ressaltando que a opção jurídico-constitucional brasileira se posicionou, historicamente, por um desenho da disciplina jurídica da liberdade religiosa que estivesse em consonância com uma tradição constitucional de máxima efetividade dos direitos de crença e de seu exercício, tendo como referência a marca ocidental de valorização do ser humano como fim e não meio, em que sua dignidade, fruto de sua liberdade de consciência e autodeterminação moral e intelectual, fosse o centro do sistema democrático de direito típico dos Estados modernos.

Nesta objetiva e sucinta análise que empreenderemos das Constituições brasileiras, teremos como finalidade ressaltar a postura constitucional adotada, progressivamente, cada vez mais protetiva e garantista para com os direitos de liberdade religiosa. Buscaremos evidenciar que, no geral, os constituintes optaram por um adensamento cada vez maior do princípio de liberdade religiosa, seja na sua amplitude individual, coletiva ou institucional, seja na relação cada vez mais neutra e madura assumida pela Estado brasileiro frente às confissões religiosas.

No cumprimento desta tarefa usaremos como referência dois grandes parâmetros de julgamento na afirmação mais negativa ou mais positiva de dada Constituição para com o aperfeiçoamento do princípio da liberdade religiosa: o tipo de relação Estado-Igreja inscrita nas Cartas, e o grau de concretização das três grandes dimensões do princípio da liberdade religiosa identificáveis nas Constituições.

Para tanto, tomaremos as ponderações já concluídas neste trabalho sobre o melhor entendimento para uma coerente e real defesa do princípio da liberdade religiosa. Entre os tipos de relações Estado-Igreja, o de confusão, de união e de separação, este último é aquele que propicia maior potencialidade de se realizar a liberdade religiosa. Neste mesmo sentido, compreendemos, por teoria e prática da história, já descrita em outros tópicos, que a liberdade religiosa deve ser contemplada positivamente e de maneira abrangente nas suas três grandes dimensões, quais sejam, dimensão pessoal, dimensão social e dimensão institucional, pelos quais se viabilizam os direitos fundamentais de religião.

Partiremos, então, da observação da Carta do império até a Constituição cidadã, acentuando a relação adotada pelo Estado para com as confissões religiosas quanto ao nível de concretização das dimensões do princípio da liberdade religiosa, ressaltando a conduta consciente que o Brasil assumiu no decorrer das Cartas, em tornar o fenômeno religioso cada vez mais em conformidade com os princípios de igualdade, liberdade e pluralidade, todos eles como consequência da dignidade da pessoa humana.

## 6.1 CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL DE 1824

Ao falar sobre a Constituição de 1824, Afonso da Silva declara, de maneira muito objetiva e direta, que: “não houve no Império liberdade religiosa”<sup>287</sup>. A Carta Imperial proporcionou, de saída, ao fenômeno religioso, um atraso histórico que só seria estruturalmente acelerado em sua adequação com o constitucionalismo moderno do

---

<sup>287</sup> Citação completa: “Em verdade, não houve no Império liberdade religiosa, pois, se o culto católico gozava de certo privilégio e podia realizar-se livremente, muitas restrições existiam quanto à organização e funcionamento da religião oficial, a ponto de se reconhecer, hoje, que ela era uma religião ‘manietada e escravizada pelo Estado, através da sua intervenção abusiva na esfera da Igreja’ ”. In: SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013, p. 250.

continente americano a partir de 1890, com o decreto 119-A do Governo Provisório da República. A conclusão, neste sentido, se dá pela observação dos fatos.

Quarenta e oito anos já haviam se passado desde que a Declaração de Independência Americana<sup>288</sup> bradara das Treze Colônias que haviam verdades auto evidentes, afirmando que “todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade”<sup>289</sup>; trinta e sete anos desde que a Constituição dos Estados Unidos<sup>290</sup> assegurou igualdade de credo entre todos os cidadãos na concorrência por cargos públicos, políticos ou técnicos, garantindo que “nenhum requisito religioso poderá ser erigido como condição para a nomeação para cargo público”<sup>291</sup>; e trinta e dois anos desde que a Primeira Emenda<sup>292</sup> tinha consagrado as cláusulas de pleno exercício de crença religiosa e de separação entre Estado-Igreja<sup>293</sup>. No entanto, em terras brasileiras, fundava-se o sistema jurídico máximo da nação recém independente, sob a escolha explícita por um Estado confessional, com reconhecimento de uma crença oficial, segregando todos os demais credos e colocando-os sob a condição de apenas tolerados.

Dentro do próprio contexto teórico e histórico da época em que tivemos outorgada nossa primeira Carta, é verossímil a conclusão de Afonso da Silva de que o Brasil realmente não possuía efetiva liberdade para as confissões religiosas.

Seguindo os parâmetros estabelecidos no início do capítulo para inferir o grau de liberdade religiosa de cada Constituição brasileira, podemos perceber que, de acordo com o

<sup>288</sup> Ocorrida em 4 de julho de 1776.

<sup>289</sup> ESTADOS UNIDOS. *Declaração de Independência Americana*. Disponível em: <[http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas\\_Direitos\\_Humanos/DECLARA%C3%87%C3%83O%20DE%20INDEPENDENCIA%20DOS%20EUA%20-04%20de%20julho%20de%201776%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf](http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/DECLARA%C3%87%C3%83O%20DE%20INDEPENDENCIA%20DOS%20EUA%20-04%20de%20julho%20de%201776%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf)>. Acesso em 09 jan. 2019.

<sup>290</sup> Em 17 de setembro de 1787.

<sup>291</sup> ESTADOS UNIDOS. *Declaração de Independência Americana*. Disponível em: <[http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas\\_Direitos\\_Humanos/DECLARA%C3%87%C3%83O%20DE%20INDEPENDENCIA%20DOS%20EUA%20-04%20de%20julho%20de%201776%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf](http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/DECLARA%C3%87%C3%83O%20DE%20INDEPENDENCIA%20DOS%20EUA%20-04%20de%20julho%20de%201776%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf)>. Acesso em 09 jan. 2019..

<sup>292</sup> Em 15 de dezembro de 1791.

<sup>293</sup> 1ª Emenda da Constituição norte-americana. “O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao Governo petições para a reparação de seus agravos.” ESTADOS UNIDOS. *Constituição Americana*. Disponível em: <<http://www.uel.br/pessoal/jneto/gradua/historia/recdida/ConstituicaoEUAREcDidaPESSOALJNETO.pdf>>. Acesso em 09 jan. 2019.

artigo 5º<sup>294</sup>, ficava expressamente institucionalizada a relação de união entre Estado e Igreja no Império, sendo classificado como um tipo de Estado confessional.

De certo modo, podemos assumir que vigia, predominantemente, uma relação de união entre o Império e Igreja, contudo havia ainda resquício de confusão da imagem do imperador com o sacro, como vemos no art. 99, em que a figura do líder político é tida como “inviolável e sagrada”. É compreensível que esta noção esteja predominantemente vinculada à “irresponsabilidade” política do imperador, contudo, considerando seus poderes sobre a Igreja e sua considerada incapacidade de errar, parece permitir a Constituição uma certa “confusão quanto a um quê de divino” do imperador em que “a vontade do rei é a própria vontade de Deus”. Lógica oriunda das teorias do direito divino dos reis.

Quanto ao grau de concretude da liberdade religiosa em dimensões individual, coletiva e organizacional, podemos ver que a Constituição, já de início, determinou que para aqueles que estiverem em consonância com a religião oficial do Império, estariam resguardados com a máxima plenitude os direitos de crença, culto e institucionalização da Igreja. Os que não se alinhassem com a crença religiosa do Imperador e do Estado estariam submetidos a amplas limitações no exercício de suas crenças religiosas e nos cultos e totalmente restringidos quanto a estabelecerem uma instituição religiosa de acordo com as doutrinas de suas crenças.

Curioso notar que Pimenta Bueno, jurista da época, e ele mesmo católico, exaltava o direito de crença como sendo espaço sagrado, restrito somente ao indivíduo com Deus, “ato privativo da consciência de cada um, e um dos direitos dos mais invioláveis da humanidade” sobre o qual “nenhum poder político tem acesso”, pois é “império interno”<sup>295</sup> de cada pessoa.

Contudo, quando o direito “privativo de consciência” era externado em condutas e opiniões, julgava Pimenta Bueno que não mais estava na condição de “inviolável”, passando agora a ser objeto das limitações e restrições necessárias para que a “ordem pública”,

---

<sup>294</sup> 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. In: BRASIL. Constituição *Política do Imperio do Brazil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)> . Acesso em: 31 dez. 2018.

<sup>295</sup> BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e negócios interiores/serviço de documentação, 1958, p. 23.

somente condizente com a moral da religião oficial, não fosse turbada. Nos dizeres de Pimenta Bueno:

Quando porém o culto não se encerra só no santuário do coração e consciência, quando passa a ser externo, a manifestar publicamente o seu pensamento, a sua crença, seja pelo ensino, ou prédica, ou pelas cerimônias, ritos ou preces em comum, quando não se trata mais somente da liberdade de consciência, e sim da liberdade do culto, então tem lugar a intervenção do legítimo e indispensável direito do poder social, já para proteger, ou simplesmente tolerar ou não estes ou aqueles cultos e os seus Ministros.<sup>296</sup>

Nesta concepção para com os direitos de liberdade religiosa é que se compreende o dispositivo constitucional do Império que estabelecia no art. 5º o seguinte:

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.

No âmbito individual, as crenças minoritárias tinham formalmente a proteção da Carta, art. 179, e do Código penal do Império, art. 191, de que “ninguém seria perseguido por motivo de religião”, contudo só se efetivaria tal comando se “respeitasse a religião do Estado e não ofendesse a moral pública”. E contra a religião do Estado e a moral pública, temos a porta e janela por meio da qual se restringiam, na prática e materialmente, a liberdade individual de crença, culto e organização religiosa.

---

<sup>296</sup> Idem. Interessante observação se faz aqui relativamente à compreensão de Pimenta Bueno para os casos de liberdade de expressão para com os temas não religiosos. Nestes, Pimenta Bueno apresenta maior tolerância, ainda que bem contida. Para a expressão de ideias não religiosas, defende o jurista que deve haver permissão de sua divulgação em público, mas em nenhum momento deve ferir “os direitos de outrem ou da sociedade”, admitindo que expressar opiniões faz parte da própria ideia de se viver em sociedade, tendo esta sido criada para isso. Citação na íntegra: “Liberdade de pensamento em si mesmo, enquanto o homem não manifesta exteriormente, enquanto o não comunica, está fora de todo poder social, até então é do domínio somente do próprio homem, de sua inteligência e de Deus. (...) O homem, porém não vive concentrado só em seu espírito, não vive isolado, por isso mesmo que por sua natureza é um ente social. Ele tem a viva tendência e necessidade de expressar, e trocar suas ideias e opiniões com os outros homens, de cultivar mútuas relações, seria mesmo impossível vedar, porque fora para isso necessário dissolver e proibir a sociedade. (...) O contrário seria estabelecer a hipocrisia e a imbecilidade”. In: BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e negócios interiores/seviço de documentação, 1958, p. 384-185.

Com relação às violações passíveis de serem praticadas por crenças não oficiais, eram estas cerceadas para tudo que pudesse ser entendido “contra a Igreja Oficial e contra a moral pública vinculada aos costumes da Igreja Oficial”. O Código Penal, arts. 278 e 279, criminalizava qualquer publicização de material que fosse contrário às doutrinas católicas fundamentais sobre a “existência de Deus e da imortalidade da alma”, além de estabelecer pena de prisão para quem emitisse opinião que ofendesse a “moral pública”, e de categorizar como “criminoso” quem fizesse comentários considerados irrazoáveis contra “princípios e usos religiosos”<sup>297</sup>, no caso, relacionado à religião dominante.

Restringia-se, ainda, a possibilidade aos súditos adeptos de crenças minoritárias de ocuparem cargos públicos, sendo impossibilitados de serem deputados, art.95, § 3º da Carta, e de serem conselheiros de Estado, art. 141.

Na esfera coletiva, os cultos das crenças minoritárias eram reclusos ao ambiente doméstico e a prédios particulares, sem qualquer referência exterior de templo religioso, não sendo permitido a expressão, nesses cultos, de opiniões que viessem de encontro com as doutrinas e cultos oficiais, sob pena de prisão, arts. 276 e 277 do então Código Penal. Dessa forma, era inexistente a possibilidade jurídica das demais crenças de se auto organizarem com suas regras, dogmas e doutrinas próprias.

A religião oficial tinha o monopólio moral, ético e religioso no Império, tendo no braço estatal o poder secular de efetivação de sua hegemonia. Contudo, como sempre acontece nas relações indevidas entre Estado e qualquer confissão religiosa, o ponto mais forte (uso do poder político para os fins da religião) também era o mais fraco para a Igreja Católica(o poder político minou a autonomia da religião), em particular para todos aqueles cidadãos e observadores das doutrinas católicas, tanto leigos como o clero.

Embora o próprio Imperado tivesse que se submeter a Igreja, art. 103 da Carta, é verdade que a ele estava reservado o controle de nomeação dos Bispos, seus vencimentos, assim como conceder o Beneplácito para todo o ato eclesiástico dos “Decretos dos Concílios, e Letras Apostólicas, e quaesquer outras Constituições Ecclesiasticas que se não oppozerem á Constituição; e precedendo aprovação da Assembléa, se contiverem disposição geral”, art. 102, II e XIV.

---

<sup>297</sup> Brasil. Código Penal do Império, art. 9º, 2º.

Enfim, apesar de possuir todo o acesso ao poder secular, a Igreja Católica, oficial, não tinha nenhuma liberdade religiosa, no significado constitucional moderno do termo. A contrário senso, nenhum católico, nem mesmo o imperador, poderia livremente mudar de religião sem sofrer as penas das restrições de suas liberdades políticas e sociais. Nenhum clérigo poderia buscar ser fiel ao Papa, sem correr o risco de ser traidor do Império, uma vez que não bastava ser um bom católico, havia de ser fiel ao Imperador.

Neste sentido, ao menos para os que sinceramente buscam a verdade como resultado do livre convencimento racional, assim como que exercitam suas crenças conscientemente concebidas, estariam todos, católicos ou não, sem qualquer liberdade religiosa. Eram todos submetidos ao sistema de tolerância, que caso ousassem contrariar, teriam sobre si a incidência de um crime ou de uma desaprovação em algum grau contra a religião oficial estabelecida pelo Império ou contra a moral e os costumes da nação, que nada mais eram do que a esfera ética da religião estatal.

Partimos assim, como nação independente, de uma Constituição que, referente à liberdade religiosa, embora positivamente concedesse mínimas condições de tolerância para as diferentes crenças, deixa clara percepção de que não tinha ainda uma postura de aceitação e compromissos com os princípios de liberdade religiosa e dignidade da pessoa humana, uma vez inexistente relação entre Igreja e Estado que conferisse real garantia de neutralidade estatal, com igualdade de tratamento entre confissões religiosas e respeito ao exercício da crença.

## 6.2 DECRETO 119-A E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1891

O Decreto 119-A e a Constituição de 1891 deram grandes avanços na liberdade religiosa no Brasil à época, acrescentando ao desenvolvimento constitucional nacional instrumentos mais modernos de implementação dos direitos de consciência e crença.

O Decreto contou com forte patrocínio intelectual de Ruy Barbosa e buscou modernizar em um grande salto a disciplina de liberdade religiosa no país, já no Governo

Provisório do Mal. Deodoro da Fonseca. Apoiou-se claramente na influência constitucional estadunidense para estabelecer os parâmetros modernos quanto à nova relação Estado-Igreja e o exercício de crença e religião, antecipando a postura republicana da futura Constituição.

Desde os projetos iniciais da nova bandeira brasileira, passando pelas ideias de federalismo e o regime político democrático, a influência norte-americana contou com defensores no Brasil. O mesmo se deu quanto à influência adotada em relação às liberdades de consciência e de crença.

Direitos basilares do constitucionalismo moderno, com destaque à valorização de elementos democráticos, de igualdade, liberdade e autonomia do indivíduo com base em sua faculdade única de assumir compreensão do mundo e ser responsável por sua decisão, ganhou-se nos direitos de expressão do pensamento impulso republicano para defendê-los de forma livre quanto à limitação de credo e opiniões filosóficas.

Desta maneira, em 1890, sob influência do constitucionalismo e da 1ª Emenda americana, sob a lavra de Ruy Barbosa<sup>298</sup>, o Governo Provisório expediu o Decreto 119-A, que em seu primeiro artigo estabelecia o sistema de separação entre Estado e confissões religiosas, abolindo a antiga relação de união entre a Igreja Católica Romana e o Império.

O Decreto, além de garantir que nenhuma confissão religiosa teria relações oficiais com o Estado, declarava imediato reconhecimento de liberdade individual de crença e opinião filosófica para todos os brasileiros (art. 1º), liberdade de culto a todas as confissões religiosas (art.2º) e liberdade de organização religiosa sem interferência estatal nas doutrinas e disciplina própria (art. 3º), concedendo o direito de personalidade jurídica às religiões, de aquisição e administração de bens (art.5º).

Esses avanços foram extremamente benéficos em direção a uma mais salutar disciplina jurídica da liberdade religiosa, posicionando o Brasil em momento bem mais adiante no tema, e proporcionando aos cidadãos brasileiros, sem dúvidas, infinitas e melhores condições de liberdade religiosa tidas no país até aquele momento.<sup>299</sup>

---

<sup>298</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013, p.253.

<sup>299</sup> Ainda assim, a atualização brasileira para com os direitos de liberdade religiosa iniciaram já com quase cem anos de atraso, se contarmos desde o ano de 1791, o ano em que foi formulada a 1ª Emenda constitucional americana que estabelecia separação entre Estado-Igreja e garantia o livre exercício religioso a todos os cidadãos.

Contudo, ressaltamos que o art. 6º do Decreto estabelece o compromisso Estatal de “sustentação dos actuaes serventuarios do culto catholico” e de subvencionar “por um anno as cadeiras dos seminários”, o que ainda demonstra a incapacidade do governo provisório de providenciar uma ruptura nos elementos de privilégios da religião oficial imperial, no novel governo republicano.

O Decreto revela uma incapacidade mais que circunstancial de posicionar-se com neutralidade ante ao fenômeno religioso. Por exemplo, a atitude do Governo em estabelecer por até um ano o sustento da Igreja ex-oficial é, até certo ponto, compreensível dentro do contexto da época, tendo em vista o enorme poder político e econômico que a Igreja exercia no país e as prováveis negociações levadas para que houvesse uma nova relação de separação com o Estado. E isto deixa explícito que a República ainda não havia alcançado a concepção de neutralidade religiosa estrutural. A parte final do art. 6º estendia para os Estados Federados a discricionariade para que, após o período de um ano, eles pudessem continuar com a subvenção financeira dos ministros de culto da Igreja do Império ou de qualquer outra confissão, caso desejassem fazê-lo.

A Constituição de 1891, de certo modo, se apresenta com os benefícios e os vícios do Decreto quanto à liberdade religiosa e à neutralidade estatal. Embora, estabelecesse a relação de separação<sup>300</sup> e garantisse formalmente as dimensões individual<sup>301</sup>, social<sup>302</sup> e institucional<sup>303</sup> da liberdade religiosa, havia séria incapacidade de posicionar-se com neutralidade estatal diante das confissões religiosas, e que serão observadas nos excessos cometidos pela Constituição de 1891 contra a própria liberdade religiosa.

Neste ponto, observamos limitação à liberdade de culto ao restringi-los com a cláusula aberta de “ofensa a moral pública e as leis”<sup>304</sup>. A Carta de 1891 abriu a possibilidade de o Estado limitar o direito de culto por qualquer razão de ofensa à moral pública religiosa, moral de praxe da maioria, agindo, assim, contra a liberdade de crença e sua expressão na forma de culto, em geral das minorias.

---

<sup>300</sup> Art. 11, 2º ) e art. 72, §7º. BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

<sup>301</sup> Art. 72, §3º, §5º.

<sup>302</sup> Art. 72, §3º, §5º.

<sup>303</sup> Art. 72, §3º.

<sup>304</sup> Art. 72, §5º.

Foi, entretanto, no âmbito individual em que concentrou a maior inabilidade jurídica para com o princípio de neutralidade religiosa. Temos, assim, a impossibilidade de reconhecimento de casamentos realizados apenas por eclesiásticos, devendo ser realizado também e obrigatoriamente no civil.<sup>305</sup> Este aspecto oferecia pouco prejuízo aos indivíduos e às religiões (justamente porque ninguém era proibido de casar no religioso, e sim de exclusivamente no religioso), contudo demonstrava a distância que o Estado se encontrava, naquele momento, de compreender que o fenômeno religioso, assim como todas as expressões da capacidade racional e de escolha humana, encaixa-se na finalidade do Estado, que é de prover igualmente a concretização das mundividências humanas, e não suprimir, ainda que indiretamente, a faculdade de autodeterminação das pessoas.

Os elementos mais marcantes no sentido da incapacidade de estabelecer neutralidade estatal foram a classificação das crenças religiosas como ameaçadoras à ordem pública e à lei, impedindo que religiosos de ordens monásticas ou com voto de obediência pudessem ter direito político de voto, e a determinação de que ninguém poderia oferecer motivos de crenças para se isentar de obrigação a todos imposta<sup>306</sup>. A pena neste último caso era de perda dos direitos políticos<sup>307</sup>.

Posicionava-se, assim, o Estado como árbitro moral e religioso, atribuindo, com esta conduta, julgamento de desqualificação para com todas as crenças que viessem a se enquadrar nestas normas. Com certeza oferecia, deste modo, um grave desequilíbrio para com o livre mercado de crenças religiosas, condicionando as escolhas dos indivíduos frente ao maior fardo imposto a umas crenças do que a outras.

No entanto, estabelece a Carta de 1891 melhores padrões e maiores alcances no desenvolvimento do Brasil para com o princípio da liberdade religiosa. Com a Lei Maior de 1891, posiciona-se o Brasil mais próximo e mais adensado com o reconhecimento da dignidade humana e liberdade de crença, ao estabelecer, ainda que com falhas, a separação entre Estado-Igreja e a proteção já definida das dimensões individual, de culto e de organização religiosa.

---

<sup>305</sup> Art. 72, §4º.

<sup>306</sup> Diferentemente da Constituição de 1988, a Carta de 1891 não oferecia prestação alternativa como solução dos impasses entre liberdade de consciência e obrigação cívica.

<sup>307</sup> Art. 70, §1º, 4º e art. 72, §29, respectivamente, sobre proibição do voto a religiosos de ordens monásticas e negação à escusa de consciência.

### 6.3 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1934

A Constituição de 1934 foi aquela que vigorou pelo menor período de tempo da história brasileira, e foi substituída em apenas três anos pela Constituição outorgada por Getúlio Vargas, no ano de 1937.

Devido à curta duração a Carta teve menor influência prática, contudo, no âmbito da liberdade religiosa, apresentou alguns elementos novos que poderiam ser considerados como adições no processo de desenvolvimento e adensamento do princípio de liberdade religiosa no Brasil.

Seguindo nossos parâmetros de concretização da liberdade de religião nas Constituições, podemos, de imediato, perceber que foi mantida a relação de separação Estado-Igreja (art. 17, II e III), com a diferença de que se abria a possibilidade para que o Estado e as confissões religiosas tivessem “colaboração recíproca em prol do interesse coletivo”.

Quanto às concretizações do fenômeno religioso em direitos fundamentais, o Capítulo de Direitos e Garantias Fundamentais assegurava inviolabilidade de crença e consciência, assim como exercício de cultos e de organização religiosa<sup>308</sup>. Ainda, quanto ao exercício dos direitos de consciência e pensamento, a Carta de 1934 dizia que ninguém seria violado por motivos de convicção filosófica, políticas e religiosas<sup>309</sup>.

Notamos o avanço da Constituição de 1934 na disciplina jurídica da liberdade religiosa, optando por uma relação de separação com as confissões religiosas, e demarcando a proteção dos direitos de culto, organização religiosa e dos “invioláveis” direitos de consciência e crença.

---

<sup>308</sup> Art. 113, 5: “É inviolável a liberdade de consciência e de crença e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costume. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil.” BRASIL. *Constituição da república dos Estados Unidos do Brasil de 1934*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em 10 jan. 2019.

<sup>309</sup> Art. 113, 4: “Por motivo de convicções filosófica, políticas ou religiosas, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos, salvo o caso do art. 111, letra b”.

Registrado o novo alcance de declaração de defesa e garantia para com o fenômeno religioso, temos uma incompreensão do valor máximo humano da autodeterminação, que entendemos estar registrado na Carta de 1934, quando afirma que os cultos só seriam permitidos conquanto não ultrapassassem a linha da “ordem pública e dos bons costumes”<sup>310</sup>, sendo que os direitos de convicção religiosa, filosófica e política seriam “invioláveis” enquanto não contrariassem ordem pública e bons costumes, e não ousassem ir de encontro à obrigação a todos imposta, pois, neste caso, haveria perda dos direitos políticos<sup>311</sup> para todos que alegassem motivo de consciência (crença, política, filosófica) para se isentar de obrigação<sup>312</sup>.

A Magna Carta de 1934 contribuiu, sem dúvida, para acrescentar algum progresso formal ao desenho constitucional da liberdade religiosa. Contudo, podemos observar uma permanência na incapacidade constitucional de garantir com densidade a “inviolabilidade” de consciência e crença, como fonte única da autodeterminação intelectual e moral individual (sem interferência estatal). Vemos ainda a incapacidade de se apropriar da noção de neutralidade Estatal<sup>313</sup>, na qual o Estado não faz uso de qualquer expediente direto ou indireto de se identificar com uma visão de mundo, fazendo uso de termos “abertos e indefinidos” como “ordem pública e bons costumes” para submeter crenças e concepções minoritárias para fora do aceitável oficialmente, fazendo valer, deste modo (ainda que informalmente), aquela valoração herdada do Império entre as “crenças e perspectivas mundividenciais” aceitáveis ao Estado e aquelas que não o eram, sofrendo estas de sobrecarga e desigualdade por ser subtraída da plenitude dos direitos e garantias comuns a todos os cidadãos.

Inicia-se com a Carta de 1934 também uma tradição constitucional brasileira de estabelecer o repouso hebdomadário, que seria repetido por todas as próximas constituições com diferenças de formulação e complementos. A Carta de 1934 estabeleceu que o “repouso semanal seria de preferência aos domingos”, sendo que apenas as Constituições de 1967/69, suprimiram o “domingo” como o dia a ser tido como repouso semanal. Devido à análise

---

<sup>310</sup> Art. 113, 5. Adicionamos ainda o art. 144, que manteve o direito ao casamento civil e ao religioso com efeito civil, conquanto que o rito do casamento não contrariasse a “ordem pública e os bons costumes”.

<sup>311</sup> Art. 111,b.

<sup>312</sup> Lembrando que a Constituição de 1934 não apresentava nenhuma possibilidade de realizar prestação alternativa como meio de cumprir obrigação a todos imposta sem violação da liberdade de consciência individual.

<sup>313</sup> Neste ponto de neutralidade estatal, temos o art.153, que ao garantir o ensino religioso facultativo, permite inferir que isso seria feito às custas do próprio Estado, imiscuindo aqui com os próprios recursos em finalidades exclusivamente das instituições religiosas.

específica que será feita deste ponto, deixaremos para adiante o tratamento que daremos com maiores detalhes sobre os “descansos semanais” e “feriados religiosos de acordo com tradição local” inseridos nas Constituições.

#### 6.4 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1937

A Carta de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, nos apresenta um cenário de leve retrocesso no desenvolvimento progressivo das constituições de 1891 e 1934 na formulação dos direitos de liberdade religiosa.

É verdade que a Constituição de Vargas manteve conquistas de aspectos estruturais presentes nas Cartas anteriores, como a relação de separação Estado-Igreja<sup>314</sup>, trazida pela Constituição de 1891, e manteve as liberdades de culto e organização religiosa com as mesmas limitações das constituições anteriores quanto à “ordem pública e bons costumes”.<sup>315</sup>

Entretanto, a dimensão individual será grandemente constrangida, pois além de não haver um dispositivo sequer em garantia, ainda que formal, da liberdade de consciência e crença (e os direitos derivados de convicções filosófica e política), a Carta traz no art. 119, b, o repetido dispositivo de limitação a qualquer escusa de consciência derivada de motivos religiosos, filosóficos e políticos, sob a sanção de perda dos direitos políticos.

Nesta Carta, há declínio perceptível para com as liberdades de consciência e expressão, de certo modo compreensível e típico no contexto histórico ditatorial, com as consequentes restrições esperadas de governos autoritários.

#### 6.5 CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL DE 1946

---

<sup>314</sup> Art. 32, b.

<sup>315</sup> Art. 122, 4º.

Quanto aos elementos principais de nossa análise, a relação Estado-Igreja e as dimensões concretizadas da liberdade religiosa, a Carta de 1946 retoma, em linhas gerais, a de 1934. Entretanto, de maneira muito mais contributiva e modernizadora entre as Cartas, a Constituição inaugura duas normas essenciais para o adensamento da cláusula de separação e na materialização da liberdade individual de crença. São, respectivamente, a norma de imunidade tributária aos templos religiosos de qualquer culto, avançando grandemente no princípio de neutralidade estatal para com as liberdades religiosas, e a abertura para aceitação da escusa de consciência no âmbito constitucional.

Assim, teremos mantida a tradição já consagrada da separação entre Estado e confissões religiosas<sup>316</sup>, e garantidas a liberdade de crença, de cultos e de organização religiosa.<sup>317</sup> A liberdade de crença e consciência voltam a ser acompanhadas pela garantia de inviolabilidade, contudo os cultos continuam a ter por limitação as famigeradas cláusulas abertas de “ordem pública e bons costumes”.

Ainda, recupera a Carta de 1946 em seu artigo 157, VI<sup>318</sup>, aquele dispositivo da Constituição de 1937, na qual se estabeleceu o repouso semanal aos domingos e a possibilidade de criação de feriados religiosos com imposição estatal, de acordo com a tradição religiosa local.

Em um avanço realmente inaugural e revolucionário dentro da nossa história constitucional brasileira, a Carta de 1946 introduz no seu texto um elemento modernizador, no artigo 141, §8º, que garante a possibilidade de escusa de consciência, por motivos de convicções religiosa, filosófica e política. Permite, assim, possibilidade de cumprimento alternativo para resguardar os direitos de liberdade de consciência. É incorporado, então, ao discurso jurídico-constitucional adensamento em prol da realização da dignidade da pessoa humana, com a expressão constitucional do conceito moderno e ocidental de que o ser humano não é meio, mas fim do Estado.

A adição da possibilidade de escusa de consciência nos adiantou largos passos no amadurecimento daquele modelo de relação Estado-Igreja instaurado em 1891 com a Carta

---

<sup>316</sup> Art. 31, II da Constituição de 1946. BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em: 10 jan. 2019.

<sup>317</sup> Art. 141, §7º.

<sup>318</sup> Art. 157, VI: “repouso semanal remunerado, preferentemente aos domingos e, no limite das exigências técnicas das emprêsas, nos feriados civis e religiosos, de acôrdo com a tradição local”.

Republicana que, embora fosse um modelo de Separação, era permeado por compreensões laicistas que buscavam dentro do possível “estabelecer um corte radical com os modelos de unidade político-religiosos do antigo regime, substituindo-os por uma abordagem crítico-racional dos vários domínios da vida social”.<sup>319</sup> Era um tipo de relação de separação anti-clerical.

Ainda, há grande contribuição para o Estado em não precisar se posicionar a favor ou contra nenhuma visão de mundo e violar, assim, o princípio máximo de neutralidade axiológica de não interferência nos valores intelectuais, morais e éticos de seus cidadãos. A escusa de consciência permite que o Estado possa contornar os motivos de origem religiosa, filosófica ou política - enfim, todos aqueles derivados da liberdade de consciência – e atuar exatamente onde deve: como um facilitador da acomodação das mundividências de seus cidadãos, e não como um julgador das mesmas. Isso é neutralidade.

Fornece também a Constituição de 1946 grande contribuição em favor da cláusula de separação e da neutralidade estatal. O art. 31, V, a, vedou a todos os entes políticos cobrarem impostos sobre templos, partidos políticos e instituições de educação e assistência social. Foi um avanço extremamente significativo, pois ao eximir o Estado de cobrar impostos dos templos religiosos, aumentou aqui também sua neutralidade para com as confissões religiosas, uma vez que reduziu as oportunidades governamentais para instrumentalizar a liberdade religiosa. De um lado, o direito de crença e culto não viriam a ser limitados por razões censitárias. E por outro lado, ao Estado não se daria oportunidades de fazer uso das “razões públicas” de natureza tributária para onerar confissões religiosas hipossuficientes, desigualando-as com maior de fardo.

O ano de 1946 nos dota de notáveis inovações e adequações em prol da liberdade, que seriam recepcionadas em 1988, em que foram trabalhadas e amadurecidas. Quanto aos detalhes que foram ainda melhorados em 1946, temos que os direitos de crença e consciência eram reforçados como invioláveis<sup>320</sup>, e havia mesmo o inaugural compromisso com a escusa de consciência<sup>321</sup>, contudo, haviam ressalvas que esvaziavam essas inovações para níveis de

---

<sup>319</sup> MACHADO, Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 306.

<sup>320</sup> Art. 141, §7º.

<sup>321</sup> Art. 141, §8º.

formalismo, em muitas situações, como as limitações de “ordem pública e bons costumes”, dadas ao exercício de culto.

## 6.6 CONSTITUIÇÃO DO BRASIL DE 1967 E EMENDA CONSTITUCIONAL N. 1: CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1969<sup>322</sup>

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1, que na prática foi uma nova Constituição<sup>323</sup>, alterando até mesmo o título da anterior, apresentam semelhanças suficientes para entendermos haver pertinência em colocá-las em mesmo tópico, apreciando assim suas similaridades em um paralelismo facilitador.

Ambas as Cartas apresentam a relação de separação Estado-Igreja, coincidentemente no artigo 9º, II. O direito de organização religiosa não será explícito em nenhuma das Cartas, sendo compreendido pelo dispositivo de liberdade de associação para fins lícitos, presentes tanto em 1967, art. 150, §28, quanto em 1969, art. 153, §28. Contudo, interessante notar a inclusão em ambas as Constituições da imunidade tributária a templos religiosos<sup>324</sup>, garantidos às confissões. O direito de culto também é garantido pelas duas Cartas<sup>325</sup>, ressalvado os limites para a com a “ordem pública e os bons costumes”.

No mesmo dispositivo que garante o “parcial”, porque restrito, direito de culto, temos a garantia da liberdade de consciência. Notemos que nas Cartas de 1967/69 não há menção à liberdade de crença, mas à liberdade de consciência, havendo tácita inclusão no dispositivo da primeira, diferentemente de outras Cartas como a de 1946, que trataram por

---

<sup>322</sup>“Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformulado, a começar pela denominação que se lhe deu: *Constituição da República Federativa do Brasil*, enquanto a de 1967 se chamava apenas *Constituição do Brasil*. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013, p.89.

<sup>323</sup> Branco, Coelho e Mendes se referirão ao documento de 1967 como um “simulacro de Contituição, editado pela Junta Militar que assumiu o poder em 1969.” BRANCO, Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 179.

<sup>324</sup> Art. 20, II, b na Constituição e 1967, e art. 19, III, b, Constituição de 1969. BRASIL. Constituição 1969. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_anterior1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm)>.

<sup>325</sup> Art. 150, §5º na Constituição e 1967, e art. 153, §5º na Constituição 1969.

“inviolável liberdade de consciência e de crença”, formalizando maior densidade ao fenômeno religioso.

Embora garantam que ninguém seria privado de direitos, fazem clara negação ao direito de escusa de consciência, penalizando os objetores com a perda dos direitos políticos<sup>326</sup> ou mesmo com a perda de qualquer direito incompatível com o “motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política”<sup>327</sup>.

É mantido em ambas as Cartas o direito de repouso semanal remunerado, contudo não fazem menção ao domingo como dia para tal descanso, interrompendo a prática dominical inscrita nas Constituições de 1934, 1937 e 1946. Apresentam, por outro lado, a possibilidade de criação de feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local, reproduzindo neste particular as Cartas de 1937 e 1946.

Quanto à exclusividade, mencionamos o art. 30, § único, da Carta de 1969, que proibia a publicação de pronunciamentos parlamentares que exprimissem “preconceito de religião”, e o art. 153, §8º que restringia e censurava as “propagandas de preconceito de religião e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes”<sup>328</sup>.

Em críticas a essa postura repressiva de 1969, temos as palavras de Carlos Ayres Britto, na ADPF 130, versando sobre a liberdade de expressão, com seus direitos decorrentes não submetidos à ingerência de qualquer conformação ideológica que o Estado tente impor à expressão:

É preciso reconhecer que a vedação dos comportamentos estatais que afetam tão gravemente a livre expressão e comunicação de ideias significou um notável avanço nas relações entre a sociedade civil e o Estado. Nenhum diktat, emanado do Estado, pode ser aceito ou tolerado, na medida em que compromete o pleno exercício de expressão. (...) o Estado não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções (...). Essa garantia básica da liberdade de expressão do pensamento, como precedentemente assinalado, representa, em seu próprio e essencial significado, um dos fundamentos em que repousa a ordem democrática. Nenhuma autoridade pode prescrever o que será ortodoxo em política, ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica,

---

<sup>326</sup> Art. 144, II, b na Constituição de 1967; art.149, §1º na Constituição de 1969.

<sup>327</sup> Art. 150, §6º na Constituição e 1967, e art. 153, §6º na Constituição de 1969.

<sup>328</sup> Art. 153, §8º da Constituição de 1969.

ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento.<sup>329</sup>

Ou seja, não deve haver condições justificadoras para violar a liberdade da expressão humana.

## 6.7 CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A Constituição Cidadã de 1988 nos traz ao momento final da nossa análise, que tem por objetivo a avaliação dos passos tomados historicamente pelo Brasil na construção de seu discurso jurídico-constitucional, que podemos verificar como sendo em prol da elaboração de uma “sociedade justa e solidária, que tenha na dignidade da pessoa humana o seu referente fundamental.”<sup>330</sup>

A Carta de 1988 tem sido admitida, com muito vigor, como sendo a melhor Constituição já elaborada pelo Brasil, e até mesmo como estando entre as melhores atualmente em vigência no mundo.

Neste sentido, Carlos Ayres Britto assevera que nossa Lei Maior atual é a melhor entre todas as Constituições brasileiras e que, no mundo, a nossa Carta estaria entre as melhores, por sua atualidade e adequação principiológica. Por adequação principiológica, Ayres Britto entende quanto ao seu sentido transformador de uma sociedade, ou melhor, de uma verdadeira comunidade. A Constituição atual, por sua qualidade, assume papel de bíblia<sup>331</sup> jurídica e credo democrático. Podemos então, de acordo com Britto, nos considerar como um “país primeiro mundista”, em termos jurídicos, desde a Constituição de 1988.<sup>332</sup>

<sup>329</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130. Brasília, 2009, p. 156. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 17 jan. 2019.

<sup>330</sup> BRANCO, Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 179.

<sup>331</sup> Entende neste mesmo sentido, Canotilho ao falar sobre a Constituição americana: “Esta “limitação normativa” postulava, pois, a edição de uma “bíblia política do estado” condensadora dos princípios fundamentais da comunidade política e dos direitos dos particulares.” In CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 59.

<sup>332</sup> TV SENADO. Entrevista com Carlos Ayres Britto. In: *Constituição 30 anos*. 2018 (26m47s). Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/noticias/TV/Video.asp?v=451090>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

Em similar diapasão, Alexandre de Moraes reforça essa compreensão ao dizer que a Constituição brasileira de 1988 “se não é a melhor, deve estar entre as três melhores do mundo”<sup>333</sup>. Ao desenvolver esta afirmação, Moraes identifica as importantes contribuições tidas da Constituição portuguesa de 1976 para a elaboração da nossa, assim como, em grau menor, a influência recebida da Carta Espanhola de 1978. E não esquece Moraes de fazer referência enfática “à grande Constituição norte-americana” que ajudou a compor nosso texto constitucional brasileiro<sup>334</sup>.

Ousamos dizer, ainda em fase novel de aprendizado quanto ao fenômeno religioso nas constituições, que a Constituição brasileira, juntamente com a Constituição dos Estados Unidos, como modelo a todas as demais, e a Carta portuguesa, têm o potencial de ocupar o exemplo positivo na liderança mundial no tratamento que confere aos direitos de crença e religião.

Nossa concordância para com a relevância do ano 1988 para com os direitos fundamentais, e aqueles de religião, se dá pela clara postura constitucional em avançar na maturidade destes direitos e sua compreensão para com o fenômeno religioso.

O artigo 19, I, mantendo a tradição iniciada desde a fase republicana<sup>335</sup>, consagra a relação de separação Estado-Igreja, que busca afastar do Estado aquelas relações de apoio ou vinculação com uma determinada visão de mundo religiosa, moral e intelectual.

A Constituição de 1988 não só reitera o princípio da separação Estado-Igreja, mas progride na forma madura com que aborda a concretização do princípio, demonstrando uma compreensão da neutralidade axiológica jamais alcançada pelas Cartas anteriores. Prova disso está com a maneira que descreve o direito religioso de culto, para o qual defende “livre exercício”, expurgando todas as tradicionais menções de limitações de “ordem pública e bons costumes”<sup>336</sup> presentes em todas as Cartas desde 1891.

Definir proteção ao direito de culto sem a perniciosa vinculação para com preceitos morais e éticos da maioria da sociedade faz com que a noção da cláusula de separação desça aos níveis de concretude. Se realmente afirmamos que há separação do Estado para com as

---

<sup>333</sup> TV SENADO. Entrevista com Alexandre de Moraes. *In* Constituição 30 anos. 2018 (26m38s). Disponível em: < <https://www.senado.leg.br/noticias/TV/Video.asp?v=451148>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

<sup>334</sup> TV SENADO. Entrevista com Alexandre de Moraes. *In* Constituição 30 anos. 2018 (26m38s). Disponível em: < <https://www.senado.leg.br/noticias/TV/Video.asp?v=451148>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

<sup>335</sup> Nos referimos aqui ao decreto 119-A de 1890 e a Constituição de 1891.

<sup>336</sup> Art. 5º, VI, da Constituição de 1988.

confissões religiosas, por que deveria então o Estado se agarrar aos conceitos de “ordem pública e bons costumes” como justificativas pouco seculares, que servem de instrumentos limitadores de condutas religiosas que sejam minoritárias ou estranhas para o Estado?

Ora, daí temos a razão da cláusula de separação Estado-Igreja contribuir definitivamente não apenas para com uma correta abordagem do princípio da liberdade religiosa, por meio de uma postura estatal de neutralidade, mas para com aquele princípio fruto deste, o da laicidade<sup>337</sup>. A laicidade é, em essência, “um instrumento jurídico-político para a gestão das liberdades e direitos do conjunto dos cidadãos”.<sup>338</sup> Disto tem-se que, não importa qual seja sua visão religiosa, moral ou ética, ao Estado, por meio da cláusula de separação e pelo princípio da laicidade, caberá não se posicionar, vincular, impedir ou opinar de maneira valorativa sobre a conduta religiosa expressa por um indivíduo responsável. E, neste sentido, a Constituição brasileira atual deixa clara sua orientação principiológica de separação, neutralidade e laicidade.

A Carta também assegura, como desdobramento da cláusula de separação, a liberdade de organização religiosa, que é enquadrada genericamente como liberdade de associação estabelecida pelos incisos XVI e XVII do art. 5º. E ainda, como um dos corolários<sup>339</sup> do princípio de não-intromissão estatal na liberdade religiosa de organização, e também de culto, temos a imunidade tributária reiterada pelo art. 150, VI, b, e cominado com o §4º do mesmo dispositivo.

Entre os avanços inaugurais de 1988 temos a retirada inédita e de tremendo impacto positivo das limitações de “ordem pública e bons costumes” para o exercício do direito de cultos. Consideramos isto um dos efeitos colaterais de uma mudança muito maior assumida conscientemente pelo Brasil, e essa sim posicionou o país no que entendemos ser o estágio mais avançado e jamais alcançado de maturidade para com o princípio da liberdade religiosa.

---

<sup>337</sup> Na laicidade, para Celso de Mello, o Estado “não se submeteria à religião, embora a respeitasse. De igual modo, as autoridades incumbidas de aplicá-lo deveriam evitar a repercussão, sobre o processo de poder, de suas próprias convicções religiosas.” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL- Pleno. ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, decisão: 11 e 12-4-2012, Informativo STF, nº661. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>>. Acesso em: 13 jan. 2019. Neste mesmo sentido, Joana Zylbersztajn: “O Estado laico é aquele que, por meio de suas instituições, garante a todos os cidadãos o tratamento livre e igualitário independente do exercício de uma fé específica”. In: ZYLBERSZTAJN, Joana. *O Princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*. 2012. 248 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011, p. 40.

<sup>338</sup> BLANCARTE, Roberto. O porquê de um Estado laico. In: LOREA, Roberto Arruda (org.). *Em Defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 25.

<sup>339</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 132.

Esta mudança profunda em 1988, ocorrida depois de uma progressão na história constitucional brasileira do princípio de liberdade religiosa, se deu exatamente com a abertura da liberdade de consciência e de crença individual dos incisos VI e VIII do art. 5º, para o seu exercício em sua máxima extensão e profundidade. A mudança neste aspecto da concretização do princípio da liberdade religiosa posiciona a disciplina jurídica desta liberdade no país em condição de máximo avanço jamais tido de proteção do fenômeno religioso.

A plenitude de exercício à liberdade de crença produz na Constituição de 1988 alterações coerentes com princípio de liberdade religiosa e temos nesta mudança as bases a nortear as correções necessárias para acomodação do fenômeno religioso.

Relembrando a história constitucional, sabemos que a ideia de “inviolabilidade da liberdade crença” já pairava entre nossas constituições desde 1934, contudo o reconhecimento daquela liberdade “inviolável” não era acompanhada da liberdade de conduta e ação conforme a crença religiosa. Assim, embora se houvesse registrado o ímpeto constitucional em direção à plena liberdade de crença, percebemos que ainda se distava bastante, pois haviam limitações a direitos básicos de exercício de crença, como a “perda dos direitos políticos” caso alguém ousasse não cumprir “lei a todos imposta” por motivos religiosos, e a restrição ao exercício de cultos que não fossem de acordo com a “ordem pública e os bons costumes”, deixando claro que até 1969 havia lacuna ainda extensa para o que viria a ser preenchido em 1988.

Percebemos que embora o princípio da liberdade religiosa tenha progredido nas sucessivas constituições, foi a tolerância, e não liberdade (embora uma tolerância cada vez mais próxima da liberdade na evolução constitucional), a tônica dos direitos derivados da liberdade de consciência e crença em nossa história constitucional. Foi a “quase-liberdade” ou “tolerância-livre”, em seus diferentes graus, que dominou o fenômeno religioso particularmente de 1891 até 1988.

Neste sentido, observamos que o ano de 1946 “bateu na trave” da liberdade plena de crença, ao conceder a possibilidade de escusa de consciência, contudo mantendo um discurso jurídico-constitucional de tolerância (quase-liberdade). Em seu art. 141, §8º temos:

**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. [grifo nosso].<sup>340</sup>

Reconheceu a Constituição de 1946 a qualidade individual e absoluta da decisão moral e religiosa de cada pessoa com a escusa de consciência, mas limitou a “inviolabilidade de crença”<sup>341</sup> e a “escusa de consciência” ao beneplácito do Estado<sup>342</sup>, quando este tivesse achado por bem estabelecer uma lei que atendesse a objeção consciente. Para todas as demais recusas não amparadas pela tolerância estatal, mantinha-se a sanção de privação de direitos.

Uma das consequências desta concepção, limitadora da liberdade de consciência e crença da Carta de 1946 (superada em 1988), foi estabelecer a restrição à liberdade de cultos, restringindo o exercício de todos que não fossem de acordo com a “ordem pública e os bons costumes”<sup>343</sup>.

A Constituição de 1988 protege a liberdade de consciência e de crença como “inviolável” e assegura que “ninguém será privado de direitos por motivo de crença” salvo se, cumulativamente, negar-se a cumprir “obrigação legal a todos imposta **e** recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”<sup>344</sup>. [grifo nosso]

A constituinte de 1988 reforça a plenitude da liberdade religiosa deixando evidente o seu intento ciente e proposital para com o tema. Inicia o inciso VI do art. 5º declarando a liberdade de crença como “inviolável” e que “ninguém será privado de direitos devido sua convicção religiosa” da mesma maneira que as Cartas de 1934<sup>345</sup> e 1946<sup>346</sup>, mas,

<sup>340</sup> 141, §8º, Constituição de 1946.

<sup>341</sup> Art. 141, §7º, Constituição de 1946: “É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil”. BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>>.

<sup>342</sup> A Constituição dizia que a escusa de consciência seria mantida se houvesse lei para atende-la (**ou**), caso contrário, a objeção de consciência seria vista pelo Estado como desafio à “ordem pública” e aos “bons costumes” devendo o objetor sofrer as sanções decorrentes.

<sup>343</sup> Art. 141, §7º, Constituição de 1946.

<sup>344</sup> Art. 5º, VI e VIII da Constituição de 1988.

<sup>345</sup> Constituição de 1934. Art. 113, 5): “**É inviolável a liberdade de consciência e de crença** e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil”, e art. 113, 4): “**Por motivo de convicções filosófica, políticas ou religiosas, ninguém será privado de qualquer dos seus direitos**, salvo o caso do art. 111, letra b”. [grifo nosso]. BRASIL. Constituição da república dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>.

<sup>346</sup> Constituição de 1946. Art. 141, §7º: “**É inviolável a liberdade de consciência e de crença** e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As

diferentemente delas, adensa-se mais e garante no inciso VIII<sup>347</sup> a objeção de consciência, como já havia sido feito em 1946. Vai, contudo, mais além, e saindo do plano da tolerância quase-livre, reconhece a liberdade religiosa ao garantir que não importa o que aconteça, o Estado sempre oferecerá “prestação alternativa” para as objeções motivadas pela liberdade de crença e consciência, que devem ser satisfeitas por leis compatíveis com a convicção do objetor.<sup>348</sup>

Desde o início de nosso histórico constitucional, as crenças religiosas sempre foram limitadas pelas circunstâncias morais e religiosas dominantes na sociedade e na estrutura estatal. Em 1824, tínhamos a limitação de crença por aquela que monopolizava a moral e os costumes no Estado. De 1934 até 1969, embora não houvéssimos uma religião oficial restrigente das demais crenças, tínhamos constitucionalmente um Estado que se posicionava para com a religião com uma conduta repulsiva e julgadora das crenças como um todo, sem conceder plena potencialidade de seu exercício.

Em 1891, a primeira Carta republicana que optou por um afastamento maior das crenças religiosas vai progressivamente, no decorrer do tempo, amadurecendo para a Constituição de 1988, que compreende a religião como fruto da faculdade moral e racional humana, merecendo, por isso, proteção do Estado que, por sua vez, não se posiciona por nenhum credo (sendo, portanto, neutro), e não confunde que o ato estatal de acomodar os credos dos indivíduos dentro do espaço público não significa, em nenhum momento, violação do *wall of separation*, mas justamente o oposto disso, é a própria manutenção muro.

Avançamos, concomitantemente, na proteção das instituições democráticas e dos direitos fundamentais, em particular daqueles de religião. Este fato não é mera coincidência.

---

associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil”, e art. 141, §8º: “**Por motivo de convicção religiosa**, filosófica ou política, **ninguém será privado de nenhum dos seus direitos...**”. [grifo nosso]

<sup>347</sup> Constituição de 1988, art. 5º, VIII.

<sup>348</sup> Lembramos aqui as palavras já citadas de Afonso da Silva sobre a lei que foi elaborada para servir de prestação alternativa ao objetor de consciência: “reconhece-se o direito da escusa ou imperativo de consciência, mas a lei pode impor ao recusante prestação alternativa, que, por certo, há de ser compatível com as suas convicções”. In SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013, p.244. Neste mesmo sentido, temos Branco, Coelho e Mendes: “Se o Estado reconhece a inviolabilidade da liberdade de consciência deve admitir, igualmente, que o indivíduo aja de acordo com as suas convicções. Haverá casos, porém, em que o Estado impõe conduta ao indivíduo que desafia o sistema de vida que as suas convicções construíram. Cogita-se, então, da possibilidade de reconhecer efeitos a uma objeção de consciência”. Branco, Coelho e Mendes se referirão ao documento de 1967 como um “simulacro de Constituição, editado pela Junta Militar que assumiu o poder em 1969”. BRANCO, Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 413.

Observamos que onde quer que se queira ampliar a qualidade democrática, justa e igualitária do país, haverá de se iniciar e manter a proteção e defesa dos direitos fundamentais da pessoa humana. O descuido para com estes direitos nunca poderá criar um ambiente de liberdade e de igualdade material, com pluralidade de pensamentos e inclusão de mundividências. E são justamente esses aspectos que produzem sociedades que conseguem apresentar as melhores soluções aos desafios que surgem a toda nação.

Em síntese, a Constituição de 1988 atinge o ápice do desenvolvimento constitucional da história brasileira em vários aspectos, inclusive para com o fenômeno religioso. No entanto, a Carta atual fez mais do que admitir simplesmente novos direitos de religião aqui e acolá, ela definitivamente estabeleceu os pressupostos estruturais necessários para concretizar em plenitude o princípio da liberdade religiosa, permitindo então que, definitivamente, o Brasil deixasse de ser o país da liberdade religiosa tolerada, mas não realmente livre, para se tornar, com base nos instrumentos de concretização da liberdade religiosa, uma sociedade que concretiza cada vez mais o princípio da igualdade decorrente “da concepção da sociedade como ordem de cooperação entre cidadãos livres e iguais”.<sup>349</sup>

## 6.8 O “REPOUSO SEMANAL” E OS “FERIADOS RELIGIOSOS DE ACORDO COM A TRADIÇÃO LOCAL” NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Separamos um tópico para abordar especificamente dois aspectos presentes nas constituições brasileiras que merecem atenção diferenciada por este trabalho: o tratamento dado aos dias de guarda não previstos na legislação, e os feriados religiosos garantidos oficialmente.

Estas questões demandam nossa atenção pelo fato de que, em primeiro lugar, elas sempre permearam nossa realidade constitucional, com exceção da Carta de 1891; em segundo lugar, são direta e profundamente relacionadas com o fenômeno religioso – dia de guarda e feriados religiosos – e, por último, são questões que levantam o questionamento de uma aplicação hígida do princípio de liberdade religiosa, concretizado no Brasil por um

---

<sup>349</sup> MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 290.

ordenamento que tem optado pela separação entre Estado e a Igreja, sob uma postura estatal de neutralidade para com as confissões religiosas. Isto com a finalidade de promoção da inclusão plural das diversas crenças dentro de um ambiente de igual acesso às condições de exercício da liberdade de religião.

Nos interessa, ainda, ressaltar que embora tenhamos tido até a Constituição de 1988 uma compreensão de liberdade tolerante com as crenças religiosas, a Carta atual veio firmar definitivamente a liberdade. Embora mantenha uma ou outra transgressão ao princípio maior da liberdade religiosa, como fósseis resistentes à mudança, há razões suficientes para buscar a interpretação mais generosa aos direitos de religião, pois a moldura principiológica de 1988 exige que nenhum dos “resquícios” limitadores das constituições passadas sejam colocados como obstáculos incoerentes para a concretização da liberdade religiosa, conforme o mandamento da nossa Constituição brasileira de 1988.

Assim, ao realizarmos a incômoda tarefa de expor os desvios e erros das nossas constituições passadas e atual, o faremos tão somente com o objetivo de apontar escolhas jurídico-constitucionais que não queremos ver repetidas e, ao mesmo tempo, reforçar por onde podemos e devemos caminhar para satisfazer as finalidades constitucionais corretas.

Começando pela Constituição imperial de 1824, observamos que ela nada menciona sobre dias de guarda e feriados religiosos. O silêncio da Carta, entretanto, quanto ao tema, pouco tem a ver com a inexistência da questão já na época, e sim mais pelo fato de ser dispensável qualquer preocupação de se fazer menção da matéria em sede constitucional, uma vez que a própria Constituição e o Estado eram monopolizados pela religião oficial em matéria religiosa e não se admitia, em qualquer hipótese, dúvidas sobre o exercício hegemônico de todos os preceitos e dogmas religiosos oficiais<sup>350</sup> (inclusive aqueles quanto aos dias de guarda e feriados religiosos), em detrimento das demais crenças, tidas propositalmente em permanente ostracismo e com mínimas condições de sobrevivência no Estado.

O dispositivo, inaugurado com a Carta de 1934, art. 121, §1º, garantia o “repouso hebdomadário de preferência aos domingos”. A Carta de 1937, ao seu turno, completará a

---

<sup>350</sup> Lembremos que até mesmo o ato de opinar contrariamente à doutrina de “imortalidade da alma”, da religião oficial, era punível criminalmente, sob pena de prisão de até 1 (um) ano, mais multa. Art. 278. BRASIL. Código Penal do Império 1830. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 17 jan. 2019.

ideia do artigo anterior, estendendo o repouso para os feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local. A inclusão na Constituição de 1937 do art. 137, d, fez valer aos operários o “repouso semanal aos domingos e, nos limites das exigências técnicas da empresa, aos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local”.<sup>351</sup>

A partir de 1946, a Carta Maior passou a reforçar que o repouso hebdomadário seria preferencialmente aos domingos, e que este deveria ser remunerado, como deixava expresso o art. 157, VI: “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”<sup>352</sup>.

É necessário ressaltar que no intervalo entre as Cartas de 1946 e 1967, foi promulgada a lei 605 em 1949, que regulamentou a matéria do “repouso semanal remunerado e o pagamento de salário nos dias de feriados civis e religiosos”, sendo que estes feriados seriam estabelecidos “de acordo com a tradição local”.<sup>353</sup> Desde então, até hoje, esta lei infraconstitucional, permanece vigente nestes termos no Brasil.

As Constituições de 1967 e 1969 adotaram, respectivamente nos arts. 158, VII e 165, VII, redação similar, diferindo das demais Cartas apenas pela subtração do “domingo” na especificação do dia de pausa semanal: “repouso semanal remunerado e nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local”

Por fim, a Constituição atual, de 1988, inscreveu no art. 7º, XV “repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos”, restabelecendo a opção pelo domingo como dia preferencial de pausa laboral.

Estes dispositivos, ao nosso entender, trazem em sua primeira parte (repouso semanal preferencialmente aos domingos) uma escolha estatal por uma determinada concepção religiosa, e na sua segunda parte (feriados religiosos de acordo com a tradição local) subtraem qualquer possibilidade de neutralidade no livre mercado de ideias religiosas, permitindo juridicamente que feriados religiosos sejam estabelecidos para toda a população

---

<sup>351</sup> Este artigo viria a ser suspenso em 1942 pelo decreto 10.358 em consequência do momento de guerra que o Brasil passou.

<sup>352</sup> Art. 157, VI, da Constituição de 1946.

<sup>353</sup> Art. 1º da lei 605/1949. BRASIL. Lei 605/1949. *Repouso semanal remunerado e o pagamento de salário nos dias feriados civis e religiosos*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L0605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0605.htm)>. Acesso em: 17 jan. 2019.

de certa localidade, por meio do poder do Estado, independentemente de haver minorias não adeptas ao feriado em questão, exigindo apenas que o feriado religioso esteja em consonância com a tradição local (em regra, a tradição local é aquela aceita pela maioria religiosa).

O acolhimento feito nas Constituições e leis infraconstitucionais do dia de domingo como dia de repouso semanal, independentemente do argumento secular usado para justificar a escolha deste dia, fez valer uma tradição europeia milenar de descanso sagrado no primeiro dia da semana, sabida e explicitamente fruto de uma tradição religiosa seguida por maioria da população no Ocidente, possibilitando vantagens e privilégios não ofertados a outras crenças minoritárias de poderem também, no caso, fazer coincidir o seu dia de “repouso semanal remunerado” com o dia de “repouso religioso”.

Deste modo, as crenças que tem o seu dia de repouso coincidente com aquele optado pela Constituição estarão sempre em vantagem. Assim, todos os trabalhadores que, no caso, sejam também guardadores do domingo, têm o respaldo da Carta, mas as demais crenças que não tenham o domingo como seu dia de descanso, no entanto, não têm o direito religioso e de culto resguardados para os seus respectivos dias de guarda, como seria a situação, por exemplo, dos judeus residentes no Brasil, que observam semanalmente, há mais de três mil e quinhentos anos, o dia de sábado como dia sagrado, e já sofreram propositais perseguições pelos poderes públicos em diversos períodos da história brasileira<sup>354</sup>.

Por esta razão, evidenciamos que a escolha constitucional por um dia específico na semana para o repouso, sem tornar extensivo o exercício do mesmo direito para dias diversos de outras crenças, criou uma desigualdade material em liberdade religiosa por falta de equiparação do direito de repouso a todas as demais crenças, um desequilíbrio no princípio de igualdade.

Não é ignorado o fato de que a garantia do direito ao repouso hebdomadário esteja vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana dentro do contexto histórico do direito do trabalho. Este direito, porém, nada tem a ver com a vinculação a um dia específico da semana, mesmo redigido junto ao advérbio “preferencialmente”, já que não está garantindo, de modo explícito como o fez com o dia de domingo, iguais possibilidades de

---

<sup>354</sup> NOVINSKY, Anita, et. al. *Os judeus que construíram o Brasil: fontes inéditas para uma nova visão da história*. 2ª ed. São Paulo: Editora Planeta, 2015, *passim*.

escolha de dias da semana para o repouso, gerando assim, desequilíbrio no direito de crenças variadas com relação aos dias sagrados de guarda.

Temos no contexto lusófono exemplo de solução dada a este conflito, trazido pela Constituição de 1988, com demonstração incontestável da viabilidade de acomodação da liberdade de crença. A lição provém da Constituição portuguesa de 1976, citada por Alexandre de Moraes<sup>355</sup> como sendo uma Carta de contribuição exemplar para a Constituição brasileira de 1988, que apropriadamente optou por proteger, no âmbito constitucional, o direito laboral de todos os trabalhadores, sem distinção de “religião, convicções políticas ou ideológicas”, ao “**repouso e aos lazeres**, a um limite máximo da jornada de trabalho, ao **descanso semanal** e a férias periódicas pagas”<sup>356</sup> sem delimitar um dia específico “preferencial” da semana para isso.

E em complemento ao citado dispositivo do texto constitucional português, foi promulgada lei infraconstitucional de n.º 16 de 2001, a Lei de liberdade religiosa, que afirma em seu artigo 14º, 1, o seguinte:

**Os funcionários e agentes do Estado e demais entidades públicas, bem como os trabalhadores em regime de contrato de trabalho, têm o direito de, a seu pedido, suspender o trabalho no dia de descanso semanal, nos dias das festividades e nos períodos horários que lhes sejam prescritos pela confissão que professam** nas seguintes condições:  
 a) Trabalharem em regime de flexibilidade de horário;  
 b) Serem membros de igreja ou comunidade religiosa inscrita que enviou no ano anterior ao membro do Governo competente em razão da matéria a indicação dos referidos dias e períodos horários no ano em curso;  
 c) Haver compensação integral do respectivo período de trabalho. [Grifo nosso].<sup>357</sup>

Sem mais delongas, tendo em vista este exemplo português, lembrando que Portugal dividiu com o Brasil sua história recente e também sua carga cultural, religiosa e jurídica de Constituições que mantinham um regime de monopólio espiritual por meio de uma religião oficial, podemos ter por evidência e fato que, quanto aos dias sagrados de

<sup>355</sup> TV SENADO. Entrevista com Alexandre de Moraes. *In* Constituição 30 anos. 2018 (26m38s). Disponível em: < <https://www.senado.leg.br/noticias/TV/Video.asp?v=451148>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

<sup>356</sup> PORTUGAL. Constituição. Art. 59º, 1, d.

<sup>357</sup> PORTUGAL. Lei da Liberdade Religiosa n. 16/2001. Disponível em: <[https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/106639383/201512300000/diploma?did=34483475&\\_LegislacaoConsolidada\\_WAR\\_drefrontofficeportlet\\_rp=indice](https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/106639383/201512300000/diploma?did=34483475&_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice)>. Acesso em: 15 jan. 2019.

guarda, a Constituição brasileira criou um espaço de assimetria no livre mercado de ideias religiosas, proporcionando oportunidades de violação ao princípio da liberdade religiosa, por meio da transgressão do pressuposto de separação Estado-Igreja quanto à neutralidade axiológica do Estado para com todas as confissões religiosas e, por fim, subtraindo a igualdade de fruição em sua plenitude dos direitos de religião em uma sociedade constituída por pluralidade de credos religiosos.

Embora a Constituição de 1988, no art. 7º, XV, não tenha replicado das Cartas de 1937<sup>358</sup>, 1946<sup>359</sup>, 1967<sup>360</sup> e 1969<sup>361</sup> a garantia do repouso “em feriados religiosos, de acordo com a tradição local”, manteve vigente a lei 605/1949 que cuida dessa matéria no ordenamento jurídico infraconstitucional.

A expressa proteção estatal para com “feriados religiosos, de acordo com a tradição local” expõe negativamente todas as crenças tidas como “não tradicionais” a uma situação de vulnerabilidade. Isto se dá pela possibilidade de imposições estatais na criação de feriados religiosos que sejam tradicionais para as crenças locais, sem permitir para as crenças “não tradicionais” (geralmente, minoritárias) a oportunidade de, ao menos, terem garantida sua liberdade de crença e culto em seus dias sagrados, independentemente de serem “tradicionais” ou não. A maneira com que o Estado brasileiro buscou proporcionar inclusão de crenças, já sob a égide da República (com manifestação do Estado quanto ao dia de repouso e feriados religiosos que fossem de acordo com a crença da maioria da população) acabou gerando privilégios e discriminação a determinadas crenças, ao invés de proporcionar uma igual acomodação de diferentes condutas religiosas. Esta compreensão não é endossada pela atual Constituição, do ponto de vista principiológico e sistemático.

Sobre os feriados, o fato da lei deliberar a respeito da criação por entes estatais de feriados religiosos de acordo com a tradição local é um questão menor, se percebermos que, a contrário senso, para todas as crenças que não são entendidas como “tradicionais” não haverá garantia de exercício do seu dia sagrado de guarda, pois, como crenças minoritárias, sua influência nunca será suficiente para se fazerem recepcionadas em feriados estatais, e passam a ser recebidas com intolerância, alijadas daqueles direitos referentes a tais dias de feriado e repouso, como é o caso dos direitos laborais de remuneração em dia de guarda e

---

<sup>358</sup> Art. 137, d.

<sup>359</sup> Art. 157, VI.

<sup>360</sup> Art. 158, VII.

<sup>361</sup> Art. 165, VIII.

os direitos à educação, como provas e frequência de aulas que não coincidam com dias sagrados.

Confirmamos, neste ponto, violação ao princípio de neutralidade estatal diante das confissões religiosas, pois concedeu-se privilégio estatal para crenças majoritárias e tradicionais no país, sem oferecer igualdade de condições às minoritárias, relegando-as a uma situação de desassistência e desigualdade.

É verdade que o princípio de neutralidade não só exige, mas necessita do Estado conduta positiva por meio de atos que recalibrem as desigualdades religiosas materiais existentes entre as confissões religiosas, não cabendo a ele adotar no discurso constitucional uma ou outra doutrina, com esvaziamento do princípio de liberdade religiosa aos demais cidadãos (mesmo que indiretamente, como nos casos em que faz uso de argumentos de tradição e cultura para justificar apoio estatal a uma determinada confissão), que serão colocados em plena desigualdade de crença, uma vez que o Estado virtualmente optou por uma particular visão religiosa de mundo.

Deve o Estado oportunizar pelos seus instrumentos que todos os credos tenham como satisfazer seu exercício de forma plena, mantendo-se neutro na efetivação dessas condições. Neste sentido, caberá também a todos os cidadãos, solidariamente, cooperar no cumprimento de normas (não violadoras de suas consciências) que propiciem aos diferentes credos a igual oportunidade de exercício de suas crenças.

Seja quanto à opção constitucional do dia de domingo como de repouso, seja na determinação infraconstitucional por feriados religiosos tradicionais, entendemos que o correto seria o Estado adotar postura de neutralidade religiosa e, assim, permitir a acomodação de todas as mundividências quanto aos dias de guarda e repouso sagrado no ambiente laboral e educacional, cuidando para que os trabalhadores pudessem compensar-se solidariamente no cumprimento dos seus deveres em âmbito laboral sem sofrerem violação de suas convicções. Dessa forma, os direitos oriundos da liberdade de consciência e pensamento seriam igualmente acessíveis a todos os cidadãos, adeptos de uma determinada religião ou não, observadores de um dia de guarda sagrado ou não, e ao mesmo tempo permitindo que estes cidadãos tivessem a possibilidade de optar por exercer seus repouso laborais nos dias vinculados a sua crença.

A Carta atual de 1988 adiciona o termo “preferencialmente” junto à indicação do dia de repouso buscando dar maior elasticidade na acomodação de crenças minoritárias, sem, contudo, ao nosso entender, conseguir purgar do dispositivo a margem de desvantagem das crenças minoritárias, pois continuou a excluir constitucionalmente a possibilidade das demais crenças optarem pelo dia de descanso que fosse “preferencialmente de acordo com sua crença”.

O termo “preferencialmente” usado pela Constituição no art. 7º, XV, embora tenha esta tal elasticidade, tem demonstrado ser resquício daquela compreensão de uma liberdade tolerada presente nas constituições anteriores, que infelizmente se desdobraram e ainda se desdobram na criação de fardos adicionais a crenças minoritárias, com sérias limitações para a liberdade de crenças relativas a dias sagrados de guarda.

Como já mencionado, a lei 605/1949 ampara-se na lógica da tradição nas Cartas brasileiras quanto as feriados religiosos, para gerar no plano infraconstitucional restrição da liberdade religiosa em âmbito laboral. Ou seja, todos aqueles que não tiverem crenças alinhadas “preferencialmente” com o dia de domingo como dia de guarda, ou que as mesmas não sejam tradicionais o bastante para serem admitidas em feriados religiosos, ficarão, por expressa opção estatal, sem direito à remuneração legal.

Soma-se, ainda, que a lei 9.093 de 1995, ao dar detalhamento à lei 605/1949 quanto à regulamentação e definição do que seriam os feriados civil e religioso, definiu-os nos seguintes termos: “São feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, obrigatoriamente incluída a Sexta-Feira da Paixão”<sup>362</sup>.

O dispositivo transcrito acima define os feriados religiosos não apenas como mera tradição local (o que já seria violador do direito de igualdade entre confissões religiosas), mas também como sendo “dias de guarda”, conceito puramente religioso e, dentro de uma já total desvirtuação do princípio da neutralidade religiosa do Estado, faz uma infeliz limitação para a criação de apenas quatro feriados relativos a dias de guarda (ou seja, no máximo apenas quatro crenças se veriam representadas localmente por força da tradição majoritária), determinando ainda, de antemão, a inclusão obrigatória em lei municipal do

---

<sup>362</sup> Lei 9.093/95, art. 2º.

feriado religioso da Sexta-Feira da Paixão, não fazendo aqui qualquer esforço para justificar o porquê desta decisão legislativa, como ocorre para os demais feriados que devem ser estabelecidos com base na “tradição local”.

Por valorizar integralmente a liberdade religiosa, somos da mais comprometida opinião de que os sentimentos religiosos da maioria da população são estritamente relevantes e devem ser respeitados, até mesmo dentro da contribuição para nossa história comum e cultural. Contudo, “numa ordem constitucional livre e democrática não pode servir de cobertura a um instinto tribal assente na confusão entre nação e religião e no consequente privilégio da confissão dominante”.<sup>363</sup> Sem o correto manejo para o encontro de um ponto de equilíbrio entre o legítimo sentimento religioso da maioria e sua correta acomodação pelos poderes públicos, a maioria acabará sendo atendida “à custa da real e igual liberdade religiosa das minorias. Isto, sob pena de se cair no anteriormente referido ciclo vicioso da discriminação”.<sup>364</sup>

E como desdobramento dessa inclinação estatal favorecedora para com o credo majoritário, percebida em resquícios de intolerâncias desde a Constituição<sup>365</sup> até leis infraconstitucionais, apontamos a Portaria nº 468 de 22 de dezembro de 2017 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão do Governo Federal. Além dos feriados religiosos já determinados por lei (Paixão de Cristo, Nossa Senhora Aparecida, Finados e Natal), a portaria estabeleceu como ponto facultativo para o ano de 2018 os dias de carnaval, quarta-feira de cinzas e Corpus Christi, prevendo no art. 3º que

**os dias de guarda dos credos e religiões, não relacionados nesta portaria, poderão ser compensados na forma da lei 8.112/90, desde que previamente autorizados pelo responsável pela unidade administrativa do exercício do servidor.**<sup>366</sup> [Grifo nosso]

A portaria, no que se refere ao fenômeno religioso, se apresenta sob influência dos textos constitucionais, incluindo o atual, e infralegais quando privilegiam o dia de repouso

<sup>363</sup> MACHADO, Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 336.

<sup>364</sup> Idem.

<sup>365</sup> Nos referimos aos art. 7º, XV, da Constituição de 1988.

<sup>366</sup> Art. 3º da Portaria nº 468 de 22 de dezembro de 2017 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão do Governo Federal. Disponível em: < <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Portaria-mp-468-2017.htm> >. Acesso em: 17 jan. 2019.

da crença majoritária e feriados religiosos “de acordo com a tradição local”. Estes termos encerram ideia contrária do que propõe nosso regime jurídico de liberdade religiosa, com base na separação do Estado e confissões religiosas, confirmado por uma postura estatal neutra, com tratamento igualitário das crenças, crenças igualmente detentoras da proteção “inviolável”, e de exercer com paridade, seus dias sagrados de guarda.

Contudo, a portaria nº 468 do Ministério do Planejamento condiciona o afastamento do servidor e a compensação pelos dias de guarda “não relacionados pela portaria” à autorização do responsável pela sua unidade administrativa. Ou seja, nos parece um eco bem forte e típico daquele estágio intermediário da liberdade religiosa que tivemos desde a Constituição de 1891 até a de 1969, que em seus progressos e regressos, ofereceu aos direitos de religião apenas tolerância e uma quase-liberdade, ou uma liberdade tolerada, e que, por ainda se encontrar na legislação atual, precisa ser urgentemente reequilibrado.

Zylbersztajn, ao comentar em sua tese de doutorado a portaria n.º 595 de 2011, emitida também pelo Ministério do Planejamento e com idêntico objetivo e similar conteúdo à portaria nº 468 de 2018 analisada acima, contribuiu com sua clara compreensão a respeito da essência violadora dos direitos de religião presentes na portaria de 2011. Todos os argumentos são igualmente válidos para a portaria editada para o ano de 2018:

A própria portaria federal mencionada, que disciplina os feriados garantidos aos servidores federais, faz clara distinção entre os feriados católicos e aqueles de outras confissões. Enquanto os primeiros são previstos no calendário como dias de recesso, os dias de guarda das demais religiões poder ser observados, desde que autorizados pela autoridade responsável pelo setor do servidor, e que haja compensação dos dias trabalhados. Isso pode nos levar a entender que há reconhecimento oficial e, portanto, privilégio de uma determinada religião. Embora haja o indicativo de respeito às demais confissões na normativa federal, fica evidente o tratamento diferenciado nestes casos.<sup>367</sup>

Jónatas Machado nos proporciona uma relevante contribuição para a reflexão que necessitamos na busca por uma urgente adequação dos direitos de liberdade de crença em dias sagrados e descanso espiritual no Brasil. Machado relata os efeitos históricos que a adesão a uma Religião Oficial trouxe ao sistema político e jurídico de sua terra natal, Portugal, que por similaridade, nos provocará imediato reconhecimento dos efeitos

---

<sup>367</sup> ZYLBERSZTAJN, Joana. *O Princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*. 2012. 248 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011, p. 123-124.

ocorridos, e presentes também no Brasil, dando-nos oportunidade de sanar esses efeitos perniciosos que maculam a coerência com a moderna e adequada compreensão sistemática da Constituição atual do princípio da liberdade religiosa:

Em primeiro lugar, é necessário mais uma vez ter presente o argumento de que a posição dominante da Igreja Católica no nosso país é menos o resultado de um mercado livre de ideias do que de um sistema secular de união político-religiosa assente em estruturas políticas e jurídicas de privilégio e discriminação. Em segundo lugar, há que sublinhar que a radicação histórica e cultural de práticas de coerção e discriminação, qualquer que seja a sua área de incidência, não é só por si suficiente para legitimar tais práticas. Se a história tivesse em si mesma um poder legitimador, os sistemas hierárquicos de injustiça e opressão estariam mais do que legitimados. Na história coexistem o bem e o mal, a justiça e injustiça, a liberdade e a opressão. Dificilmente a história poderá, por si só, legitimar o que quer que seja. Em terceiro lugar, e no seguimento do que foi dito, à luz do constitucionalismo moderno deverá ser considerado ilegítimo qualquer arranjo político e jurídico que venha perpetuar e consolidar situações históricas de desigualdade religiosa, em prejuízo das legítimas aspirações de desenvolvimento social das minorias ou da abertura e do pluralismo que deve caracterizar a esfera do discurso público.<sup>368</sup>

A Constituição de 1988 realizou um desenho do princípio da liberdade religiosa de forma diferente de tudo que já tinha sido adotado antes. Definitivamente tivemos uma opção pela prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana, garantindo “ao indivíduo um espaço jurídico no qual está em posição de estabelecer o estilo de vida correspondente a sua convicção”.<sup>369</sup> Não cabem mais limitações restritivas do espírito humano, como “ordem pública e bons costumes” para expressões de cultos, ferramentas sempre úteis a governos totalitários, nem se quer a justificativa do medo da liberdade, resultando em intolerâncias a condutas que exprimam a realidade da crença do indivíduo.

Nossa Constituição amadureceu e ousou colocar ao lado da “inviolabilidade de crença” a garantia de que não haveriam limitações de direitos nesta seara, pois, havendo conflitos relativos à objeção de consciência e crença, tomar-se-iam as devidas soluções com prestação alternativa adequada.

---

<sup>368</sup> MACHADO, Jónatas. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, p. 336.

<sup>369</sup> SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização Leonardo Martins. Tradução Beatriz Hennig, et al. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 362.

As demais constituições anteriores a 1988 falharam em explicitar o compromisso com o princípio da liberdade religiosa, no sentido pleno e incorporado ao desenho constitucional, como o fez a Constituição cidadã.

É por isso que mesmo o artigo 7º, XV, ao trazer a palavra “preferencialmente” quanto ao dia de repouso dominical, deve ser entendido dentro da interpretação sistêmica e consistente da Constituição, corrigindo qualquer vício anacrônico e pernicioso à liberdade religiosa, fazendo valer a constitucionalidade do princípio da igualdade religiosa para todas as pessoas, e tomando por inconstitucional aquelas interpretações que fogem ao escopo explicitado no conjunto do ordenamento.

É errado e tolo persistir em uma compreensão que não soma ao discurso jurídico e nem à sociedade. Ressaltamos o já citado exemplo congênere português que, explicitamente, escancara nossa deficiência e necessidade de rapidamente se adequar aos parâmetros dados por nosso próprio discurso jurídico-constitucional. E ainda poderíamos destacar, como referência constitucional de proteção do exercício das liberdades de crenças, os Estados Unidos, que por exemplo histórico nos ensina que a observância rígida da liberdade religiosa como “inviolável” só tem a somar ao país, pois, como dizia Thomas Jefferson, não há “nenhum direito natural do homem que está em oposição para com os seus deveres na sociedade”<sup>370</sup>. Lembrando que foi esta nação que defendeu, pioneiramente, o princípio mais pleno da liberdade religiosa e, simultaneamente, alcançou a máxima capacidade econômica, cultural e tecnológica de nossos tempos, comprovando que Jefferson estava certo.

Como sempre, o respeito à liberdade humana nunca reduz a capacidade de uma sociedade, o que ocorre é justamente o contrário. No presente caso em particular, de respeito a distintos dias sagrados de guarda, cidadãos de mundividências diferentes contribuiriam mutuamente com a possibilidade de se complementarem e revezarem, em turnos diferentes de dias, os quais para um seria sagrado, mas para o outro totalmente passível de se trabalhar com vigor, o que poderia conduzir a melhores resultados sociais e econômicos para o país, como consequência de uma postura em defesa da dignidade da pessoa humana.

---

<sup>370</sup> Carta escrita por Thomas Jefferson para os Batistas de Danbury na data de 1º de janeiro de 1802. Library of Congress. Disponível em: < <https://www.loc.gov/loc/lcib/9806/danpre.html> >. Acesso em: 20 dez. 2018.

Podemos, por instrumentos constitucionais, eliminar da aplicação do princípio da liberdade religiosa no Brasil, aquele lema socialmente implícito da (in)tolerância, o famoso “dois pesos, duas medidas”.

## **7 LIBERDADE TOLERADA: OS SABATISTAS E O DIREITO DE EXERCÍCIO DE CRENÇA AOS DIAS SAGRADOS DE GUARDA E OBSERVAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Chegamos ao último capítulo de nosso trabalho, e se logramos sucesso na apresentação de nosso tema, este tópico nos servirá complementarmente como referência prática de posturas jurídico-constitucionais que devemos tomar para uma hígida aplicação dos princípios e regras com base nas conclusões teóricas desenvolvidas até aqui.

Nosso objetivo nesta oportunidade não é discorrer sobre todos os pontos passíveis de conflito dentro do âmbito dos direitos de crença e religião que podem ser suscitados de nossa Constituição e da legislação infraconstitucional. Recomendáveis trabalhos desta casa e de outras já têm abordado de modo enciclopédico, e com qualidade e pertinência, temas conexos aos direitos de liberdade religiosa na legislação brasileira. Embora sejamos da opinião de que a revisão constante dos direitos de religião possui papel fundamental no aprimoramento e fiscalização indispensável para proteção da liberdade religiosa, nossa ambição, neste momento, está focada em analisar o exercício de direitos de crença fruto da expressão religiosa na guarda e observação de dias sagrados dos sabatistas.

Já mencionamos neste trabalho que a Constituição de 1988 veio definitivamente modernizar o princípio da liberdade religiosa a partir da compreensão mais plena da finalidade do Estado, que opera para a plenitude do indivíduo em todas as suas esferas de realização moral e intelectual. Como expresso por Alexandre de Moraes “o constrangimento à pessoa humana, de forma a constrangê-lo a renunciar sua fé, representa o desrespeito à diversidade democrática de ideias, filosofias e a própria diversidade espiritual”.<sup>371</sup> É justamente por essa perspectiva, que permeia todo o ordenamento orientado pela Constituição, que se estabelece a tarefa de atualizar direitos que ainda permaneçam aquém do esperado, e também corrigir e suprimir aqueles que violam o princípio constitucional.

O direito ao repouso em dias sagrados infelizmente tem sido um daqueles temas em liberdade religiosa que atualmente mais carecem de atualização para adequá-los a uma mais

---

<sup>371</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.127.

correta e coerente interpretação constitucional, assim como de supressão de violações que têm sistematicamente atingido os que buscam, constitucionalmente, acomodar seu direito inviolável de consciência e crença com sua externalização em atos e condutas.

Dentro deste cenário, temos importantes *leading cases* à espera de julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF), versando sobre os desdobramentos que o direito de crença ao repouso em dia(s) sagrado(s) têm, em particular, nos direitos subjetivos ao trabalho e à educação daqueles que guardam, no caso, o sábado como dia sagrado.

As decisões, ainda em aberto e à espera de julgamentos, têm a oportunidade de construir uma moldura de acomodação para esta liberdade inviolável de crença que seja pertinente com o princípio da liberdade religiosa adotado pela Constituição Federal, tendo em vista que esta não mais se põe como instrumento para o constrangimento à pessoa humana a fim de que mude a sua fé, pois entende, maduramente, que isto representaria “o desrespeito à diversidade democrática de ideias, filosofias e à própria diversidade espiritual”<sup>372</sup>, sendo esta uma arbitrariedade não mais tolerável em uma sociedade que se propõem a ser, do ponto de vista constitucional, verdadeiramente inclusiva<sup>373</sup>.

Neste sentido nos propomos, com mais este capítulo, somar na contribuição com este importante momento de construção de um coerente discurso jurídico-constitucional para o exercício da liberdade de consciência e crença no Brasil e, além disso, cooperar para a concretização de soluções efetivamente positivas para a sociedade brasileira. A saudável aplicação dos direitos de diversidade religiosa resultará apenas em benefícios ao país, seja na área econômica, social ou política, pois só quando é possível ir adiante na realização dos potenciais morais e intelectuais como indivíduo, é que se torna possível contribuir àquela mesma sociedade a grandeza proporcionada.

## 7.1 O DIREITO DE CRENÇA NO SÁBADO COMO DIA SAGRADO DE REPOUSO NO DISCURSO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

---

<sup>372</sup> *Idem.*

<sup>373</sup> MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996, *passim*.

Cabe a nós, ainda que de maneira sucinta, posicionar o *locus* constitucional do direito de crença dos sabatistas dentro da disciplina jurídica de liberdade religiosa brasileira, que ampara a justa demanda diante da sociedade e do Estado por acomodação dos direitos tidos no desdobramento desta crença em particular.

Não sendo este o espaço e nem o propósito para uma defesa teológico-confessional da crença sabática, ainda mais porque não compete ao Estado “avaliar tais convicções religiosas de seus cidadãos ou mesmo [principalmente] as classificar como ‘certas’ ou ‘erradas’ ”<sup>374</sup>, é, contudo, necessário caracterizá-la, sinteticamente, como uma crença religiosa e, portanto, apta a ver incididas sobre si as garantias previstas na Constituição para as crenças desta natureza.

Assim, podemos explicar que ao termo ‘sabatista’ se incluem todas as crenças que compreendem ser o dia de sábado um dia sagrado, separado por Deus para descanso espiritual, e também um dia de culto e adoração a Ele, que após haver criado “os céus e a terra” em seis dias, descansou no sétimo, dando o exemplo e o comando para que os seres humanos também o fizessem, como registrado na Bíblia: “Havendo Deus acabado no sétimo dia a obra que fizera, descansou nesse dia de toda a obra que tinha feito. E abençoou Deus o sétimo dia, e o santificou, porque nele descansou de toda a obra de criação que fizera”.<sup>375</sup>

O dia de sábado, como dia de descanso sagrado, se inicia ao pôr do sol de sexta-feira e se encerra ao pôr do sol de sábado. Este comando também é repetido nos Dez Mandamentos recebidos por Moisés no monte Sinai, com os seguintes dizeres:

**Lembra do dia de sábado, para o santificar.** Seis dias trabalharás e farás toda a tua obra, mas **o sétimo dia é o sábado do Senhor teu Deus;** não farás nenhum trabalho, nem tu, nem o teu filho, nem a tua filha, nem o teu servo, nem a tua serva, nem o teu animal, nem o forasteiro das tuas portas para dentro; **porque, em seis dias, fez o Senhor os céus e a terra, o mar e tudo o que neles há e, ao sétimo dia, descansou; por isso, o Senhor abençoou o dia de sábado e o santificou.**<sup>376</sup> [Grifo nosso]

<sup>374</sup> SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização Leonardo Martins. Tradução Beatriz Hennig, et al. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005, p. 363.

<sup>375</sup> Gênesis 2:2-3. BÍBLIA. *Bíblia de referência Thompson*. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: Ed. Vida, 2005.

<sup>376</sup> *Ibidem*, Êxodo 20:8-11.

Por fim, esta crença é confirmada pelo próprio Jesus quando indagado por líderes religiosos judaicos que queriam sobrecarregar o povo com suas próprias ordenanças do que era correto ou não fazer no dia de sábado, e que tiveram a resposta corretiva de Cristo no sentido de que o dia de sábado não foi estabelecido para satisfazer obrigações inventadas por homens, mas que Ele, o Senhor do sábado, tinha autoridade para definir a correta maneira de guardá-lo. A resposta, então, de Jesus aos líderes judaicos foi a seguinte: “o sábado foi feito por causa do homem, e não o homem por causa do sábado. Portanto, o Filho do homem até do sábado é senhor”.<sup>377</sup>

É muito importante ressaltar que a crença sabatista em um dia separado como sagrado por Deus é parte essencial da dignidade humana do adepto, pois centraliza toda sua visão de mundo para consigo mesmo, no âmbito psicológico, moral, ético e intelectual. Assim, guardar o sábado como dia sagrado não se trata tão somente da costumeira frequência aos cultos regulares ocorridos nos templos, ou tão somente daquele recorte de tempo entre o início do culto, finalizando com o encerramento do mesmo.

Não é só isso. É importante dizer que as religiões sabatistas, como o milenar judaísmo e a igreja cristã adventista do sétimo dia, têm também por costume o ato de frequentar as suas respectivas casas de cultos para participarem de reuniões religiosas em outros dias da semana, que não necessariamente só no sábado. A noção, portanto, de guardar o sábado não trata apenas do direito coletivo de frequência ao templo de culto no dia de sábado, mas tem a ver com uma escolha moral de adoração e reconhecimento da soberania do criador do universo até mesmo sobre as necessidades materiais, reservando um período de vinte e quatro (24) horas dedicado a atividades como frequência no culto religioso, comunhão espiritual, tempo com a família e auxílio a pessoas necessitadas de qualquer tipo de ajuda. Há, ainda, exclusão neste dia de qualquer esforço e preocupação secular para com a manutenção material de si mesmo, confirmando por suas condutas que Deus é o criador e mantenedor de tudo e que, portanto, merece toda adoração e descanso em sua providência.

Assim, uma vez qualificada como crença religiosa a crença no dia de sábado como dia sagrado de repouso e adoração (e pormenorizada suas particularidades para com as demais crenças), podemos afirmar, então, que sobre ela recaem todos os direitos e garantias

---

<sup>377</sup> *Ibidem*, Marcos 2:27-28.

expostas na Constituição com o fim de estabelecer um ambiente de igualdade e pluralismo, princípios fundados naquele maior, o da dignidade da pessoa humana.

Portanto, podemos, com convicção, afirmar que a crença religiosa sabatista se reveste de “inviolabilidade”<sup>378</sup>, deve ter seu culto assegurado<sup>379</sup> e a garantia de que os adeptos desta crença não serão privados de direitos, tendo como solução constitucional para os conflitos morais o instituto da objeção de consciência, que deve ser sempre sanado por uma “prestação alternativa” fixada em lei, que atenda dignamente ao indivíduo<sup>380</sup>.

Por fim, garante ainda a Constituição de que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”<sup>381</sup>, revestindo assim de plenitude democrática e inclusiva todas as crenças religiosas.

Temos, então, posicionada dentro da proteção jurídica e constitucional, a crença religiosa de repouso no dia de sábado como dia sagrado, habilitando-a como destinatária das garantias e direitos constitucionais de religião concedidas igualmente a todos as pessoas e cidadãos do Brasil.

## 7.2 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 611.874/DF<sup>382</sup>

Usaremos como referência o RE 611.874, pois este caso tem a qualidade de *leading case* dentro do tema da concretização do direito de exercício de crença religiosa em dias sagrados de descanso. Terá assim o potencial de delimitar condições de caráter perene na aplicação de leis, atos administrativos e políticas públicas com vista ao atendimento igualitário dos que possuem crença em dias de guarda sagrado, em particular os sabatistas.

<sup>378</sup> Art. 5, VI, BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

<sup>379</sup> Idem.

<sup>380</sup> Lembramos sempre as palavras de Afonso da Silva quanto à lei que define a prestação alternativa: “reconhece-se o direito da escusa ou imperativo de consciência, mas a lei pode impor ao recusante prestação alternativa, que, por certo, há de ser compatível com suas convicções.” SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013.

<sup>381</sup> Art.5º, §1º, Constituição de 1988.

<sup>382</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 611.874/DF*. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, aguardando julgamento. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3861938&numeroProcesso=611874&classeProcesso=RE&numeroTema=386>.

É verdade que muitos casos já chegaram ao STF lidando incidentalmente com a questão da liberdade de crença e dias sagrados de guarda. Contudo, nesta repercussão geral, a Advocacia Geral da União (AGU) demandou do STF a interpretação do comando constitucional do princípio de igualdade tal como inscrito no artigo 5º, *caput* da Constituição, cotejado com o inciso VIII do mesmo artigo, que proíbe privação de direitos por motivo de crença religiosa, desejando a AGU ver provido o recurso denegado a decisão do tribunal *a quo*.

Com base em julgados incidentais sobre o tema já finalizados no STF, assim como nos diferentes argumentos desenvolvidos no próprio RE 611.874/DF, e de outros recuperados nas Cortes Superiores versando sobre o tema, buscaremos auxiliar em uma conclusão que satisfaça as condições plenas de concretização do direito de crença, tal como estipulado na Constituição, com base no desenvolvimento teórico alcançado por este trabalho.

O RE 611.874/DF foi interposto pela AGU contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com fundamento no artigo 102, III, “a” da Constituição, demandando revisão da decisão que a AGU entendeu contrariar frontalmente o art. 5º, *caput* e inciso VIII do mesmo artigo da Constituição, desejando denegação da segurança. O ministro Dias Toffoli entendeu haver repercussão geral da matéria e conheceu do recurso. A ementa do acórdão tem o seguinte conteúdo:

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. TÉCNICO JUDICIÁRIO DO TRF 1ª REGIÃO. CANDIDATO ADVENTISTA DO SÉTIMO DIA. LIMINAR DEFERIDA PARA REALIZAÇÃO DO TESTE DE CAPACIDADE FÍSICA EM DIA DIVERSO DO PROGRAMADO. QUEBRA DA ISONOMIA E VINCULAÇÃO AO EDITAL. SEGURANÇA DENEGADA.

Para facilitar, dividiremos a presente análise pelos pareceres mais relevantes incorporados ao caso durante todas as suas fases até chegar no Supremo Tribunal Federal. Primeiro analisaremos o voto vencedor da relatora do então mandado de segurança<sup>383</sup> no TRF1, depois o recurso da AGU buscando a reforma do acórdão em sede de recurso

---

<sup>383</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª região. *Mandado de Segurança nº 2007.01.00.042619-8/DF*. Desembargadora Relatora Maria Isabel Gallotti Rodrigues. Distrito Federal, julgado em 03 set 2009. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3861938&numeroProcesso=611874&classeProcesso=RE&numeroTema=386>.

extraordinário e, por fim, o breve posicionamento da Procuradoria-Geral da República pelo provimento do recurso extraordinário.

### **7.2.1 Voto da relatora desembargadora federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues**

Os fatos que deram causa aos argumentos e à demanda tiveram início quando Geismário Silva dos Santos, um cristão adventista do sétimo dia, se inscreveu no ano de 2006 no concurso público para provimento de cargos do Quadro de Pessoal do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1), para disputar uma vaga de técnico judiciário – áreas de serviços gerais – na especialidade de segurança e transporte, com prova a ser realizada pela Fundação Carlos Chagas em duas etapas, em várias cidades, sendo a primeira etapa constituída por matérias teóricas e a segunda por avaliação de resistência física.

Após Geismário obter absoluto sucesso alcançando a colocação em primeiro lugar entre todos os candidatos que prestaram a 1ª fase com ele em Rio Branco/AC<sup>384</sup>, foi convocado a prestar a segunda etapa do concurso, a prova de capacidades físicas, de caráter eliminatório, na cidade de Manaus/AM<sup>385</sup>, no dia 29.09.2007, um sábado.

Geismário, como um adventista do sétimo dia, partilha da crença de que o sábado é um dia sagrado e, portanto, realizar a prova no dia para o qual foi convocado violaria frontalmente sua convicção religiosa. O edital de convocação para a prova física, de acordo com o ponto X, 1.3 do edital, não especificava quando seria a segunda etapa, dizendo apenas que seria “oportunamente divulgada por edital de convocação”. Assim, Geimário foi informado da prova física no dia 06.09.2007, vinte e três dias antes dela ocorrer.

Foi assim, com base no inciso VI e VIII do art. 5º da Constituição, fundamentando a sua liberdade de crença e garantia de que nenhum direito seu seria subtraído por esse motivo, que Geismário solicitou à Fundação Carlos Chagas que pudesse realizar a prova prática após às 18h de sábado ou que pudesse realizar a prova no dia seguinte, um domingo, na mesma cidade, local e hora, junto com os candidatos do domingo, pois o edital de convocação também previa avaliação dos mesmos requisitos físicos neste dia. Vendo negado

---

<sup>384</sup> Fls. 55 do RE 611.874/DF

<sup>385</sup> Fls. 56 do RE 611.874/DF.

o seu pedido, ingressou com o Mandado de Segurança no TRF1, pleiteando uma liminar e a concessão da segurança.

O relator, desembargador federal Italo Fioravanti Sabo Mendes, defere a liminar para que o impetrante Geismário realizasse a prova de capacidade física no domingo, 30.09.2007, no mesmo horário e local estabelecido para os demais candidatos que realizariam a prova naquele dia. A fundamentação relevante que o relator coerentemente usou para a concessão do *writ* foram os incisos VI e VIII do art. 5º da Constituição<sup>386</sup>. Destacou-se a proteção da liberdade de consciência e crença, com a garantia de que ninguém poderia ser privado de direitos devido à convicção religiosa.

A União interpôs agravo regimental, mas este não prosperou. Assim, com a redistribuição do mandado de segurança, este veio concluso para a relatora e desembargadora Maria Isabel Galloti Rodrigues.

A desembargadora relatora apresentou em seu voto vencedor que a realização, via liminar, da prova física pelo candidato Geismário, no dia 30.09.2007, domingo, não impôs à Administração nenhum ônus, pois o dia já estava previsto no edital de convocação para segunda etapa e, portanto, a liminar concedida não contrariava nenhum princípio público ou trazia prejuízo à atividade da Administração<sup>387</sup>.

Além disso, a relatora ressalta que o candidato solicitou alteração com bastante antecedência, e que foi classificado em 1º lugar, condição essa de preparo que vai ao encontro do interesse público e ao objetivo de qualquer edital do gênero, pois alcançou a sua finalidade selecionando o candidato mais bem preparado para o cargo. Justificou, então, a relatora a concessão da segurança.

Dito isto, é preciso mencionar que a relatora não concedeu a segurança com base em nenhum princípio ou direito de liberdade religiosa, ela o fez tão somente pelos motivos que ela mesma considerou como “peculiaridades dos autos”<sup>388</sup>. A soma dos fatores como a i) prévia existência de local, hora, e data alternativa como parte do edital de convocação, sabendo que por conta disso, ii) não haveria qualquer ônus para a Administração, sendo a iii) prova física de caráter eliminatório (o candidato tinha que vencer metas que dependia apenas de si mesmo), e iv) apresentando o candidato excelente preparo intelectual e físico,

---

<sup>386</sup> Fls. 119-120 do RE 611.874/DF.

<sup>387</sup> Fls. 219 do RE 611.874/DF.

<sup>388</sup> Fls. 219 do RE 611.874/DF.

deveria então impelir a Administração a acatar a decisão, pois prejuízo algum traria a ela, apenas benefícios. Estas foram as “peculiaridades” que garantiram o voto favorável da relatora.

A menção deste posicionamento quanto à concessão da segurança devido as “peculiaridades do caso” seria considerada dispensável e desnecessária (considerando que o voto dela foi favorável e deu por encerrada a questão do mandado de segurança no TRF1)<sup>389</sup> se os pressupostos que instruíram seu voto não estivessem acompanhados daquelas razões e motivos que impulsionaram o caso até o STF, como recurso extraordinário. Sendo que estas razões e pressupostos, ao nosso entender, foram fundados em uma perspectiva contrária ao princípio da liberdade religiosa plena e o princípio de dignidade da pessoa humana, fundamental em nossa Constituição.

A relatora deixa claro que nada na sistemática dos princípios e direitos de liberdade religiosa constitucionais autorizam a decisão favorável que ela tomou no mandado de segurança. Em suas palavras dadas no voto:

**Penso que a liberdade de crença não autoriza a criação de embaraços ou qualquer tipo de ônus à atividade administrativa. Assim, não assistiria, ao meu sentir, direito ao impetrante de obter, da Administração, horário ou dia diferenciado para a realização da prova,** como, por exemplo, que os examinadores ficassem a sua disposição depois das seis horas da tarde do sábado ou a convocação de banca examinadora para submetê-lo a teste no domingo. [Grifo nosso]<sup>390</sup>

Os pressupostos tomados pela relatora na análise do conflito apresentado se dão tão somente na esfera da conveniência administrativa. Ou seja, embora as crenças religiosas tenham proteção constitucional, sendo consideradas invioláveis e garantidas pela mesma Carta como um direito que necessariamente deve coexistir com todos os demais oferecidos aos cidadãos (CF/88, arts. 5º, VI e VIII), a relatora conclui que todos estes dispositivos

<sup>389</sup> BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª região. *Mandado de Segurança nº 2007.01.00.042619-8/DF*. Desembargadora Relatora Maria Isabel Gallotti Rodrigues. Distrito Federal, julgado em 03 set 2009. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3861938&numeroProcesso=611874&classeProcesso=RE&numeroTema=386>.

<sup>390</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 611.874/DF*. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, aguardando julgamento. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3861938&numeroProcesso=611874&classeProcesso=RE&numeroTema=386>.

constitucionais, para dar concretização às condutas derivadas de crenças religiosas, só terão valia se não provocarem adequação da atividade administrativa.

Entendemos que o argumento de que a “**liberdade de crença não autoriza a criação de embaraços à atividade administrativa**” pode ser coerentemente refutado pelo art. 19, I, da Constituição, que veda aos poderes públicos “embaraçar” os cultos e as igrejas, que traz ideia oposta a apresentada pelo voto, no sentido de impedir e limitar que o Estado viole princípio constitucional de crença e culto, com base no princípio de separação Estado-Igreja.

O voto em análise ainda especifica mais diretamente os motivos do controle de constitucionalidade difuso que faz quanto à abrangência do inciso VIII, art. 5º da Carta:

**Não compartilho do entendimento de que do disposto no art. 5º, VIII, da Constituição Federal, segundo o qual “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”, decorra necessariamente o direito de o candidato obter alteração da data ou horário estabelecidos em calendário de concurso público.**  
<sup>391</sup>[Grifo nosso]

Compartilhamos do entendimento do voto quando afirma que do mencionado art. 5º, VIII não “decorra necessariamente o direito de o candidato obter alteração da data ou horário estabelecidos em calendário de concurso públicos”, pois o dispositivo em questão não determina, em seus termos, o conteúdo da solução a ser dada, mas, por outro lado, o dispositivo constitucional afirma, com todas as letras e coerência sistemática da matéria, que sempre que a fruição de direitos a todos devida for limitada ou subtraída de alguém, por motivação religiosa, deve o Poder Público, por mandamento explícito, providenciar uma maneira, ou “prestação alternativa”, para que o cidadão não seja tratado com desigualdade, sendo de alguma forma punido pelo Estado por exercer direito constitucionalmente garantido de crer e viver de acordo com sua crença.

Reforçamos ainda que, não bastando o direito-garantia da “escusa de consciência” do inc. VIII, art.5º, a Constituição ressaltou de maneira clara que não é conivente com a limitação ao direito de liberdade religiosa, quando em jogo a necessidade do cidadão fruir outros direitos também fundamentais a ele, declarando a Carta que, na inexistência de lei

---

<sup>391</sup> Fls. 217 do RE 611.874/DF.

que cria coerente “prestação alternativa”, deve lembrar sempre o poder público que as normas de “direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”<sup>392</sup>. É o exato caso do inc. VIII, art.5º.

Neste sentido, Branco, Coelho e Mendes afirmam que “a falta de lei prevendo prestação alternativa não deve levar necessariamente à inviabilidade da escusa de consciência; afinal, os direitos fundamentais devem ser presumidos como de aplicabilidade imediata (art.5º, §1º, da CF)”<sup>393</sup>.

No entanto, é de extrema importância neste momento qualificar uma grande diferença que a Constituição de 1988 apresenta na aplicação dos direitos de consciência e de crença, com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

A Constituição assume algo essencial do constitucionalismo moderno pós Primeira Emenda norte-americana, que é o fato de que somos diferentes, livres para ser assim. Apesar do reconhecimento de que somos diferentes parecer óbvio, existe algo neste ponto que faz toda a diferença entre um Estado autoritário e um Estado democrático, entre a (in)tolerância e a liberdade, entre um regime de confusão/união Estado-Igreja e o de separação com neutralidade estatal para com as confissões religiosas.

A diferença está em admitir e permitir a diferença que existe em cada um de nós como consequência da liberdade sagrada do ser humano, de autodeterminar-se e de escolher, com base em sua faculdade singular de raciocinar e decidir como determinar os valores da sua vida.

A diferença quando é meramente genética ou biológica não reclama liberdade para existir, mas compreensão e, talvez, compaixão. Contudo, a diferença que é permitida como resultado da faculdade de escolha do indivíduo querer ser assim, distinto de outros (por motivos de crença, convicção filosófica e política, só para mencionar as que já estão explícitas na Carta), esta sim é liberdade.

E claro, mais uma obviedade, se realmente temos a liberdade de escolher e nos autodeterminar, só poderemos ter como consequência a conduta condizente com nossas escolhas. É na junção da liberdade de consciência e crença (liberdade de escolher) com a

---

<sup>392</sup> Art. 5º, §único, Constituição Federal de 1988.

<sup>393</sup> BRANCO, Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 414.

liberdade de se conduzir de acordo com uma escolha resultante da convicção de nossa consciência que temos então a liberdade no plano prático.

A Carta de 1988 fez questão de trazer, por meio dos representantes do povo, que não mais teríamos supressão da liberdade, reconhecendo no art. 5º, VI (inviolabilidade de liberdade de consciência e crença), e VIII (ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa, convicção filosófica e política) que o povo quer ser livre e quer que sua descendência também o seja. Como garantia de realização deste desejo, temos os §1º do art. 5º que, em outras palavras, afirma que caso o poder público falhe em assessorar a concretização dos direitos fundamentais por via legislativa, estes já devem ser considerados de aplicação imediata. Deste modo, a Constituição buscava evitar que houvesse “tolerância”, ainda que temporária, para com a “intolerância”.

Compreender isto nos fez sair da barbárie para a civilização ocidental moderna. É esta ideia que mantém todos os direitos fundamentais pendendo livremente no espaço constitucional. E a Constituição brasileira nos deixa claro que sua intenção é nunca mais voltar à barbárie.

Jorge Miranda nos explica o que não confundir quando estivermos lidando com direitos constitucionais de liberdade religiosa que precisam ser acomodados como direitos fundamentais. E, como são fundamentais, são considerados quando o Estado tiver que agir positivamente para criar um ambiente de igualdade de acesso aos direitos como trabalho, educação, saúde etc:

O entendimento dominante e acolhido pelos órgãos de fiscalização da constitucionalidade é que os princípios constitucionais se compadecem com um tratamento diferenciado das várias confissões, em razão do modo como elas se encontram difundidas entre as pessoas ou do peso real que têm na sociedade. O que não admitem, em caso algum, é um tratamento privilegiado ou, ao invés, discriminatório desta ou daquela confissão. Conquanto as fronteiras entre as duas formas de disciplina não sejam fáceis, é evidente que elas não se confundem. Um tratamento privilegiado concederia a uma pessoa ou entidade direitos que outras não teriam; um tratamento diversificado ou especializado não afectará a qualidade dos direitos e deveres reconhecidos, apenas os dará numa medida, em condições de exercício ou segundo estruturas organizatórias diferentes consoante as diferentes situações e entidades. Um tratamento privilegiado para uns e discriminatório para outros conduziria ao arbítrio; um tratamento diferenciado, pelo contrário, repele o arbítrio, desde que assente numa cuidadosa ponderação de situações e valores.<sup>394</sup>

---

<sup>394</sup>MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. 4, p. 420

Deste modo, podemos concluir que Geismário, ao receber a concessão de segurança, teve sorte, mas não liberdade. Como liberdade, o fundamento da decisão deveria estar na própria possibilidade constitucional do candidato ter uma convicção religiosa (guardar o sábado como dia sagrado) e ter, concomitantemente, o direito de concorrer em condições de igualdade (materialmente igual) ao cargo público, respeitando sua consciência no serviço de contribuição à Administração pública (no caso, em sua função de técnico judiciário do TRF1).

### **7.2.2 Recurso 611.874/DF da AGU contra acórdão em mandado de segurança nº 2007.01.00.042619-8/DF**

Geismário teve “sorte” no julgamento do seu mandado de segurança pelo TRF1 em relação à proteção que requereu ao Tribunal para sua liberdade de crença constitucionalmente garantida.

Contudo, com base no que vimos, os pressupostos desta decisão em sede do TRF1 não estavam lastreados naquela sagrada disciplina jurídica constitucional, garantida em “cláusulas pétreas”<sup>395</sup>, mas no transitório e fluído conceito de conveniência administrativa e na desconsideração da essencialidade constitucional do direito de crença.

Seguindo estes mesmos pressupostos, temos da análise do mérito do recurso extraordinário interposto pelo Advogado Geral da União, Dr. Marcelo Moura da Conceição que, na sua defesa, demonstra não ter sido suficiente ver considerado o direito à liberdade de crença no dia sagrado de descanso espiritual à mercê da “sorte”, de “peculiaridades” casuísticas, mas, ao que evidencia, entendeu a AGU que nem por essas razões deve ser garantido o direito a esta crença específica.

Em outras palavras, não basta sobrecarregar com o fardo da mera tolerância os direitos de religião; necessário será torná-los intoleráveis, ainda que para isso se transmude o significado constitucional e a coerente interpretação da Carta.

---

<sup>395</sup> Art. 60, §4º, IV da Constituição Federal de 1988.

Principia a AGU por fundamentar seu recurso extraordinário pela alínea “a”, do inciso III, art. 102 da Constituição, demandando do STF o julgamento do recurso contra decisão que “contrariou dispositivo da Constituição”, no caso o art. 5º, *caput*, e o inciso VIII do mesmo artigo, alegando, genericamente, que houve “violação à norma constitucional, garantidora da isonomia dos candidatos em concursos públicos”.<sup>396</sup>

Passando o então mandado de segurança para a qualidade de recurso extraordinário, há a implicação de que a decisão adotada agora pelo STF será soberana para uniformizar a interpretação da norma com respeito à concretização do direito constitucional da liberdade de crença no âmbito do ingresso e provimento de cargos públicos.

Diante deste solene cenário, é imprescindível considerar os argumentos trazidos pela AGU e de todos os envolvidos no processo, com diligência responsável, uma vez que o ônus de uma decisão que subtraia dos cidadãos seus direitos fundamentais, em particular a liberdade de crença, a duras custas garantida após 164 anos de história constitucional, pode colocar o Brasil de volta ao regime de intolerância religiosa, e pior, retirar do regime democrático uma liberdade essencial para sua manutenção, pois é na liberdade religiosa que se fundamenta visceralmente o direito ao dissenso, o qual nenhuma sociedade democrática moderna pode abrir mão, sem sofrer o risco de retornar à tirania.

A AGU traz dois eixos principais de argumentação no mérito do recurso, ficando em torno dos princípios de igualdade e isonomia, e do princípio da laicidade do Estado, do qual deriva a condição de autonomia e separação da Administração pública para com o fenômeno religioso.

Iniciando com o princípio da igualdade, alega a AGU que com base no *caput* do art. 5º da Constituição, todos devem ser tratados igualmente perante a lei, “sob pena de afronta à ordem pública, aí inserida a ordem administrativa”.<sup>397</sup>

Neste sentido, entendeu a AGU de modo similar ao voto vencedor no TRF1 no mandado de segurança de Geismário, no tocante a que não há nenhuma “lei ou norma jurídica, ainda que geral e abstrata” que autorize “aplicação de provas em horário

---

<sup>396</sup> Fls. 231 do RE 611.874/DF.

<sup>397</sup> Fls. 233 do RE 611.874/DF.

diferenciado para beneficiar adeptos de religião, seita religiosa, grupos ou associações de qualquer natureza”.<sup>398</sup>

Recuperamos aqui ideia usada no argumento quase idêntico feito pela relatora do mandado de segurança do TRF1. Embora não haja, realmente, nenhuma lei que autorize ou determine acomodações específicas em caso de provas de concurso públicos, que atenda o direito de crença de observadores de dias sagrados, o art. 5º, VIII da Constituição não deixa a menor sombra de dúvida que leis como essas são obrigações do Estado, visando a garantia simultânea da liberdade de crença e do direito em questão, no caso, o de realizar concurso público e o direito ao trabalho.

As alegações como esta da AGU, que defendem que fazer valer na Administração o comando constitucional de garantia da liberdade de crença significa violar o princípio da igualdade, são feitas com base no argumento veiculado, muitas vezes de forma irresponsável, de que nenhum direito fundamental é absoluto. E, assim, tomam este conceito como um “cheque em branco” para fazer valer medidas discriminatórias a grupos minoritários.

Na verdade, sob uma reflexão mais madura, a ideia de que não há direito fundamental absoluto em nada se relaciona com a imposição da igualdade absoluta, conceito este que é aplicado indiscriminadamente como se fosse aquele.

Como já afirmando diversas vezes no presente trabalho, nossa igualdade reside justamente na singularidade humana de conscientemente nos definirmos por nossas diferenças. Daí a conclusão de Hannah Arendt quando declara:

Só o homem, porém, é capaz de exprimir essa diferença e distinguir-se; só ele é capaz de comunicar a si próprio e não apenas comunicar alguma coisa – como sede, fome, afeto, hostilidade ou medo. No homem, a alteridade, que ele partilha com tudo o que vive, tona-se singularidade, e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade de seres singulares.<sup>399</sup>

Não é possível, portanto, conceber a alegação da AGU dentro do contexto maior dos direitos de liberdade religiosa, quando demanda que o STF venha banir o “tratamento

---

<sup>398</sup> Fls. 233 do RE 611.874/DF.

<sup>399</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 189

diferenciado a este delimitado grupo, sem que a lei expressamente autorize, sob pena de privilegiar alguns candidatos em desfavor da grande maioria”.

Antes de propriamente esvaziar a infeliz alegação, cabe lembrar que por questões históricas, sociais e jurídicas, como já documentado por nós no capítulo anterior, o Brasil desde o seu início teve marcante influência de uma tradição cristã específica, que junto ao poder político logrou sucesso em ver representada suas doutrinas e crenças em todas as estruturas de poder e na sociedade.

Infelizmente, a contribuição cultural que o regime de religião oficial trouxe ao Brasil esteve marcada pelos tratamentos privilegiados à maioria adepta da sua doutrina, e tratamento discriminatório às demais crenças minoritárias. Assim, para além de qualquer imputação de intenção à Igreja oficial do passado, o país herdou, social e juridicamente, postura mais condescendente com esta crença tradicional e majoritária no país, em detrimento de todas as outras.

Este fato fica evidente nos diferentes diplomas normativos que incluem em regime de exclusividade feriados religiosos relacionados com a doutrina da Igreja Católica Apostólica Romana, como é o caso da lei 6.802/80 que declarou o dia 12 de outubro como feriado nacional “para culto público e oficial a Nossa Senhora Aparecida, Padroeira do Brasil.” ou ainda, a lei 9.093/95 que além de possibilitar a criação de quatro feriados religiosos “de acordo com a tradição local” de cada município, ainda tornou imperativo que todos os municípios do país, incluíssem a Sexta-feira da Paixão nesta cota de feriados.

Ora, ainda temos a lei 662/49, que depois de alterada pela lei 10.607/2002, fez constar na lista dos feriados civis nacionais o dia 2 de novembro e o dia 25 de dezembro, datas respectivamente tradicionais para o calendário católico, e para o calendário católico e cristão como um todo.

Ressaltamos que os feriados religiosos são de natureza eminentemente de “dia de guarda”, como detalha a lei 9.093/95, art. 2: “**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.**” [Grifo nosso].

Neste momento, não desenvolveremos a questão da (in)constitucionalidade de leis brasileiras que desde 1949 têm garantido espaço privilegiado à religião majoritária na

legislação sobre “feriados religiosos os dias de guarda de acordo com leis locais” (leis 662/49; 6082/80; 9093/95) e “culto público” (lei 6.802/80).

Entretanto, em coerência com as conclusões do nosso trabalho, entendemos que o princípio maior da liberdade religiosa (separação Estado-Igreja e liberdade de exercício de crença) não acomoda tal conduta legislativa para com os dias de guarda da maneira como está, pois a Constituição de 1988 não recepciona no art. 7º, XV aquela segunda parte que garantia “remuneração a feriados religiosos de acordo com tradição local”. Embora continue vigente, não é uma conduta que o discurso jurídico-constitucional julgou coerente no arcabouço principiológico da Constituição. A mesma garantia do direito laboral e da acomodação do fenômeno religioso deve ser solucionada, na Carta de 1988, por outro meio.

O nosso texto constitucional atual, em nenhum momento, quis dar a entender que estava novamente a se inclinar para uma separação do tipo laicista (1891), muito pelo contrário. De modo ineditamente maduro, a Constituição estabeleceu os instrumentos pelos quais os dias sagrados de guarda, tanto da crença majoritária quanto das minoritárias, serão igualmente garantidos em uma lógica de neutralidade estatal, que busca atender igualmente a todos, sem subtrair direitos por motivo de crença e nem permitir desequilíbrio entre as confissões por meio da lei.

É então que nos termos do inciso VIII, do art. 5º da Carta, o Estado é comandado a produzir leis “diferenciadoras” (prestação alternativa) que garantam o livre exercício de crença em todas as situações em que seja necessário. Ao prescrever o inciso VIII que a lei diferenciadora deva solucionar o natural conflito do exercício de crença na prática, o deve fazer sem transgredir a mesma igualdade de acesso que todos têm ao direito de crença, e para isso cria o mecanismo em que cada indivíduo pode ver solucionada sua necessidade sem alterar a igual liberdade do outro.

Exemplificando, os conflitos relativos ao fenômeno religioso pela garantia de exercício de crença em dia sagrado de guarda são perfeitamente solucionados pelo inciso VIII, pois este permite que todos aqueles que necessitarem tenham acesso a uma lei que os acomodem dentro do cenário plural da sociedade. Contudo, ao fazê-lo, não se constringe em nada o igual direito de outra pessoa de recorrer a mesma garantia, que continua permanentemente à disposição. E mesmo quando não houver lei “diferenciadora”,

permanece o comando para acomodação da conduta religiosa, como prescreve o inciso VIII e o §1º do art. 5º.

No mais, cabe aqui comentário já exposto de que a solidariedade e cidadania devem ser elementos sempre presentes se queremos efetivar os direitos fundamentais. É fato que a todo direito fundamental está relacionado um “ônus”, e não podemos como sociedade democrática e livre discriminar gratuitamente os custos oriundos dos direitos fundamentais de uma parcela da sociedade, quando todos estão, solidaria e constantemente, absorvendo custos oriundos de outros direitos fundamentais que tocam mais de perto parcelas distintas do corpo social. Do contrário, só incentivaríamos a um egoísmo de cada membro da sociedade, ao invés da solidariedade, que é uma virtude fundamental na democracia e de nossa Constituição.<sup>400</sup>

Portugal, que partilha de muitas semelhanças históricas, inclusive a da existência de religião oficial e no modo como o Estado se relacionava com ela, nos dá testemunho na prática destes mecanismos em ação, também presentes na Carta portuguesa. No caso, a realização de provas em dia diverso e dispensa do trabalho como protegido no art. 14º da lei da liberdade religiosa nº 16 de 2001<sup>401</sup> funciona dentro de lógica muito similar a estabelecida pela Constituição brasileira.

Encerrando a digressão, voltemos ao argumento trazido pela AGU de que o STF não deveria permitir que nenhum “tratamento diferenciado” com base em motivação religiosa prosperasse. Entendemos apropriada a explicação dada pelo relator do projeto de

---

<sup>400</sup> Art. 3º, I da Constituição de 1988.

<sup>401</sup> **Artigo 14.º Dispensa do trabalho, de aulas e de provas por motivo religioso: 1 - Os funcionários e agentes do Estado e demais entidades públicas, bem como os trabalhadores em regime de contrato de trabalho, têm o direito de, a seu pedido, suspender o trabalho no dia de descanso semanal, nos dias das festividades e nos períodos horários que lhes sejam prescritos pela confissão que professam, nas seguintes condições: a) Trabalharem em regime de flexibilidade de horário; b) Serem membros de igreja ou comunidade religiosa inscrita que enviou no ano anterior ao membro do Governo competente em razão da matéria a indicação dos referidos dias e períodos horários no ano em curso; c) Haver compensação integral do respectivo período de trabalho. 2 - Nas condições previstas na alínea b) do número anterior, são dispensados da frequência das aulas nos dias de semana consagrados ao repouso e culto pelas respectivas confissões religiosas os alunos do ensino público ou privado que as professam, ressalvadas as condições de normal aproveitamento escolar. 3 - Se a data de prestação de provas de avaliação dos alunos coincidir com o dia dedicado ao repouso ou ao culto pelas respectivas confissões religiosas, poderão essas provas ser prestadas em segunda chamada, ou em nova chamada, em dia em que se não levante a mesma objecção.**[Grifo nosso]. PORTUGAL. Lei da Liberdade Religiosa n. 16/2001. Disponível em: <[https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/106639383/201512300000/diploma?did=34483475&\\_LegislacaoConsolidada\\_WAR\\_drefrontofficeportlet\\_rp=indice](https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/106639383/201512300000/diploma?did=34483475&_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice)>.

lei 2.171/03 em sede da Comissão de Constituição e Justiça do Senado, em resposta retórica à idêntica indagação feita pela AGU:

**Dias de guarda religiosa**, a ser suprida pelo cumprimento de obrigação alternativa, ele [o projeto] incidiria em violação aos princípios da isonomia e da laicidade do Estado, por importar em suposto privilégio aos praticantes de determinadas religiões em relação a todos os demais discentes. **Quando o princípio da isonomia, registre-se que dele não decorre uma igualdade absoluta, mas sim o direito de cada um ser tratado de modo correspondente à desigualdade que lhe é incidente. Nesse sentido, rejeita-se a discriminação injustificada, mas cumpre respeitar aquela que se fundamenta em direito legitimamente exercido.**<sup>402</sup> [Grifo nosso]

Quanto ao segundo eixo de argumentos propostos pela AGU, está a noção de que qualquer acomodação por motivação religiosa que eventualmente ocorra em editais de concurso público provocaria quebra do princípio de isonomia e da autonomia da Administração Pública, com violação do princípio da impessoalidade.

O pressuposto adotado para alegar que haveria quebra de isonomia nas condições de acomodação da Administração ao mandamento constitucional, funda-se naquela incompreensão da afirmação doutrinária quanto à inexistência de direito fundamental absoluto. Novamente, podemos afirmar que independentemente dos limites que possam haver no exercício do direito fundamental, isto não tem relação alguma com a sua verdadeira intenção de fazer valer uma igualdade absoluta a todos.

Igualdade absoluta, só pode ser compreendida dentro de um sistema despótico ou autoritário, jamais em um ambiente que se pretenda democrático, plural e com fundamento na dignidade da pessoa humana, como é o caso da Brasil.

Neste sentido, ao falarmos sobre autonomia da Administração pública, só haverá sentido se esta estiver em consonância com os mandamentos constitucionais, em particular com os direitos fundamentais. Do contrário, teremos um regime paralelo de imposições de valores da maneira que melhor parecer àqueles que estão no poder. Isto não seria autonomia, mas independência. No caso, a Administração não é independente, sendo francamente

---

<sup>402</sup> BRASIL. Parecer sobre projeto de lei da Câmara n. 130, de 2009 (Projeto de lei n. 2.171 de 2003, na origem). Brasília: Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, 2016.

inconstitucional imaginar que a Administração poderia alegar razões de conveniência interna para descumprir normas fundamentais.

Por fim, e ainda dentro do contexto da autonomia da Administração, a AGU afirma que muitos são os fatores que se conjugam no planejamento para a organização de um concurso público, e que fatores de logística como de custos impossibilitariam qualquer arranjo para acomodar eventuais casos de sabatistas.

Não se pode olvidar que o órgão responsável pela realização do concurso teria que manter todos um efetivo de funcionário somente para atender os candidatos fora do horário de expediente, mantendo e pagando hora extra para fiscais supervisores, aplicadores de provas, seguranças e outros para atender somente a poucos concorrentes privilegiados por liminar ilegal e inconstitucional.<sup>403</sup>

Valorize de maneira irresponsável e inadequada a noção de “ônus e custo” que acompanham todos os esforços de implementações de direitos fundamentais e imediatamente deveriam deixar de existir delegacias femininas, assim como a investigação e persecução de violações de racismo, ou mesmo haver a supressão dos atendimentos médicos, hospitais e medicamentos para doenças provocadas por más escolhas, ou vícios deliberados; haveriam de fechar todos os centros de reabilitação de pessoas viciadas em substâncias tóxicas, pois a escolha errada dos usuários poderia ser entendida como ônus à Administração pública. Poderíamos mesmo ignorar os casos de furtos e roubos, pois, embora seja garantida a propriedade privada na Constituição, a investigação e persecução criminal é custosa ao erário. Enfim, a lista é grande quanto aos direitos fundamentais e seus desdobramentos dentro da ordem democrática.

Fato é que essa lógica de deslegitimação gratuita de um direito inscrito na nossa Constituição e na história ocidental, o direito à liberdade de crença e religião, impõe justamente um efeito contrário aos princípios da igualdade e isonomia que a AGU julga defender. Impõe, na verdade, um tratamento discriminatório a uma minoria religiosa, que além de conviver em uma sociedade que majoritariamente é adepta de crença diversa, com símbolos e feriados religiosos protegidos pelo Estado, sob o manto da “tradição histórica e cultural”, ainda deve carregar o fardo de estar a demandar “privilégios”, sendo que o que realmente está em jogo é a simples aplicação do princípio da igualdade material a todos, que

---

<sup>403</sup> Fls. 237 do RE 611.874/DF.

é o direito de cada um ser tratado de modo correspondente à desigualdade que lhe é incidente, fundamentada em direito legitimamente exercido.

Exemplo memorável de uma decisão tomada pela Administração em satisfazer devidamente o cumprimento do princípio de liberdade religiosa constitucional para com o direito de crença em dias de guardas, nos é apresentada pela Defensoria Pública da União (DPU), caso que será descrito adiante.

### **1. 7.2.3 Parecer do procurador-geral da república pelo provimento do recurso interposto pela AGU**

O parecer da Procuradoria-Geral da República foi elaborado pelo então procurador-geral da república, Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Ao se pronunciar sobre o que chamou de “questão relativa à autorização para realização de etapa de concurso público em data diversa”<sup>404</sup>, foi sucinto, mas reviveu questionamentos idênticos ao trazido pela relatora no TRF1 na análise do mandado de segurança, e da AGU ao demandar reconhecimento e provimento do recurso ao STF.

O procurador-geral fez uso de sua oportunidade de contribuição no caso para discordar das “razões de decidir” do TRF1, que considerou ausência de efetivo prejuízo para a Administração Pública a realização da prova pelo candidato em dia diverso, afirmando que, em sua visão, Geismário recebe “tratamento inconstitucional indevido”, violando o princípio de igualdade e isonomia, a autonomia da Administração e até mesmo a liberdade de crença, sob o argumento que esta não é um direito absoluto.

Os argumentos do procurador-geral, devido a sua identificação especular com todos que têm sido apresentados até aqui, nos poupa a repetição das defesas já desenvolvidas de acordo com as conclusões obtidas com este trabalho. Nem por isso, ficamos sem fazer algum comentário a respeito ao mérito abordado pela Procuradoria-Geral da República (PGR).

O raciocínio sempre repetido, que opta por uma interpretação que descontrói o princípio da liberdade religiosa na Constituição, é utilizado novamente, nos termos de violação do princípio da igualdade e isonomia. Buscando argumentos na doutrina da relativização dos direitos fundamentais, parece confirmar uma conduta deliberada para com

---

<sup>404</sup> RE 611.874/DF

as crenças e ideias que geram algum tipo de incômodo ou desconforto para com a tradição ou com as já suprimidas, pelo menos formalmente, ordem pública e bons costumes.

Fato é que na ideia repetida aqui pela PGR, que ignora completamente o marco constitucional de garantia da inviolabilidade de crença e seus respectivos direitos que por alguma razão venham a ser ameaçados, há sempre um espaço vazio quanto a conseguir justificar tamanha repulsa à aceitação da igualdade material de todas as crenças, a fim de que possam dividir iguais direitos de acesso ao espaço público.

Assim, enquanto se alega que não há direito fundamental absoluto, e que há violação da igualdade e isonomia, contra uns, o que acaba se impondo aos sejam adeptos da crença em um dia de guarda sagrado é a escolha inconstitucional de manter o direito de crença ou o direito a ter acesso à educação e ao trabalho. Quando em nenhum momento o cumprimento alternativo dos sabatistas tiraria das demais crenças o mesmo direito à recorrer a escusa de consciência. Com a conclusão de que os guardadores de dias sagrados estão violando a igualdade e a isonomia, ou querem suprimir o direito de crença, só podemos chegar a duas conclusões: ou querem suprimir o direito constitucional de crença, ou querem impor a todos igualmente uma conduta religiosa, para então poderem garantir o direito. Isso é desigual e não é isonômico.

É completamente ignorado o fato, mais uma vez, que a igualdade absoluta que querem impor para as condutas de crenças minoritárias é um discurso que esconde uma desigualdade permanente, mantida pela interpretação laicista, mas que ignora os privilégios das tradições e culturas locais, ou religiosa-majoritária, que não permitem que a Constituição de 1988 viva sua força transformadora e concretizadora dos direitos de liberdade religiosa.

Exemplos não faltam quanto à necessidade e normalidade na acomodação dos direitos legitimamente garantidos e que geram de maneira natural diferenciações para aqueles que carecem de ações positivas distintas por parte do Estado. É o caso, por exemplo, da lei de cotas, que independentemente da discussão em particular, busca se fundamentar na atitude positiva do Estado na recomposição da desvantagem circunstancial de determinado grupo social.

A liberdade de crença, por outro lado, apresenta necessidades constantes de recomposições, pois, diferentemente de outros direitos circunstanciais, o fenômeno religioso é essencial à construção humana e, portanto, demanda permanente proteção e assistência.

Daí a Constituição grafá-la como “inviolável” e garantir que nunca seria motivo para privação de direitos, estabelecendo a escusa de consciência.

Temos um excelente exemplo da aplicação coerente do princípio da liberdade religiosa concretizado no art. 5º, VI, VIII e §1º, proporcionado pelo edital da DPU de 2017<sup>405</sup> para provimento de vagas para defensores públicos federais, que encontrou acomodação a sabatistas que apresentaram conflito de consciência com a data da prova dissertativa escrita da segunda fase, inicialmente em um sábado.

O edital nº 1 do certame abriu no ponto “1.8 Da impugnação do edital” um período para que fossem apresentadas previamente qualquer demanda dos candidatos quanto ao edital que seria utilizado para o provimento de cargos. Candidatos sabatistas apresentaram suas demandas constitucionais de acomodação a direito de crença e dia de guarda, e a banca mudou a data da prova do sábado para o dia seguinte, para todos os candidatos, a fim de que pudesse incluir os candidatos sabatistas no certame. Ninguém foi prejudicado, houve cumprimento do princípio da solidariedade social, satisfazendo o inciso VIII do art. 5º.

O que se percebe, nos concursos públicos, infelizmente, é um “ciclo vicioso de discriminação”, quanto ao direito de crença a dias sagrados de guarda. Quando a Administração é contestada, alegam que o “edital é lei para os candidatos” e que não é possível “alterar datas em pleno andamento do certame”, pois isso violaria a “ordem pública”. No entanto, mesmo após alertados a respeito da violação ao direito fundamental, persistem continuamente no alijamento de grupos guardadores de dias sagrados, repetindo argumentos incoerentes com a ciência dos casos e conhecimento de direito fundamental em questão. Efeito oposto aos princípios de igualdade e isonomia, tão amplamente repetidos na justificativas denegatórias dadas ao direito de crença.

Por fim, o exemplo do importante caso *Sherbert v. Verner* (374 US 398)<sup>406</sup>, julgado pela Suprema Corte americana, nos amplia a compreensão da acomodação da liberdade de exercício de crença dentro do espaço público de acordo com o princípio de liberdade religiosa.

---

<sup>405</sup> BRASIL. Defensoria Pública da União. Edital n.1, de 12 de junho de 2017. Concurso Público para provimento de vagas e formação de cadastro de reserva no cargo de defensor público federal de segunda categoria da carreira de defensor público federal da Defensoria Pública da União. Disponível em: [http://www.cespe.unb.br/concursos/DPU\\_17\\_DEFENSOR/](http://www.cespe.unb.br/concursos/DPU_17_DEFENSOR/). Acesso em: 16 jan 2019

<sup>406</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Sherbert V. Verner*, 374 U.S. 398 (1963). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/374/398/#tab-opinion-1944463>>. Acesso em: 16 jan. 2019.

Adeil Sherbert era membro da igreja Adventista do Sétimo Dia. Dois anos após sua conversão, o seu empregador mudou a sua jornada de trabalho de cinco para seis dias, incluindo o sábado. Seguindo sua convicção religiosa ela se recusou a trabalhar aos sábados e foi despedida do emprego. Como não estava conseguindo outro trabalho, ela solicitou o benefício do seguro desemprego para a Comissão de Seguro Desemprego. Contudo, a Comissão decidiu que ela não deveria receber o benefício porque ela se recusava a aceitar trabalhar em empregos que não permitissem que ela guardasse o sábado de acordo com sua crença.

A decisão, no entanto, não considerou que em lei pertinente ao tema, do Estado da Carolina do Sul naquela época, local de residência de Sherbert, os “motivos de crenças religiosas” não incidiam em “ausência de justa causa” para aquisição do benefício e seguro desemprego. E mais, na Carolina do Sul era proibido aos empregadores requerer que os seus empregados trabalhassem no domingo.

A decisão da Comissão foi mantida em primeira instância pela Corte Suprema do Estado da Carolina do Sul, chegando à Suprema Corte americana, questionando-se se a recusa em negar o benefício do seguro desemprego violava a Primeira Emenda, o *free exercise clause* (liberdade de exercício de crença).

A Suprema Corte reverteu a decisão da Comissão e das Cortes inferiores, decidindo que o direito de liberdade de exercício de crença da Primeira Emenda proibia o governo de estipular restrições de elegibilidade para o benefício de seguro desemprego que impedisse o indivíduo de observar princípios-chaves de sua crença apropriadamente.

Em voto majoritário escrito pelo juiz Brennan, a Corte sustentou que as restrições de elegibilidade para o benefício ao seguro desemprego impunham um fardo significativo sobre as condições que possibilitavam a Sherbert exercer sua crença. Além do mais, não havia nenhum interesse público que justificasse um fardo tão grande sobre o direito fundamental presente na Primeira Emenda.<sup>407</sup>

Este caso paradigmático na jurisprudência da Suprema Corte definiu parâmetros para outros julgados relativos à compreensão sobre a aplicação dos direitos constitucionais contidos na Primeira Emenda americana.

---

<sup>407</sup> O relato em análise foi grandemente aproveitado daquele encontrado à disposição no site da Suprema Corte americana. Para maiores detalhes, acessar: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/374/398/#tab-opinion-1944463>.

Assim, ressaltamos aqui um elemento que consideramos dos mais relevantes para solução de nossa condição atual no Brasil, de suspense quanto a uma aplicação positiva e coerente do princípio de liberdade religiosa nos casos de crença em dia sagrado de guarda.

Chamamos a atenção para o raciocínio que permeou a lógica do julgamento americano acima que se aplica perfeitamente à busca de solução para o conflito trazido pelo Recurso Extraordinário 611.784/DF, com base no que ficou conhecido como o *Sherbert test*, para casos similares ao de Sherbert.

O raciocínio é o seguinte: se o governo confronta o indivíduo com uma escolha que o pressiona a ter que abrir mão de sua conduta motivada por crença religiosa, não importando se a pessoa tem que desistir por uma imposição coercitiva ou porque perderá direitos e benefícios (mesmo que de modo indireto), então esta situação imposta, intencional ou não, é uma violação direta ao livre exercício de crença do indivíduo.

O caso Sherbert é perfeitamente pertinente com toda a questão de fundo sobre o exercício de liberdade de crença no caso de Geismário.

A Constituição Federal de 1988, e os direitos de liberdade religiosa nela contidos, estão no reconhecimento do fato de que há seres humanos, com igual dignidade que seus demais compatriotas, que por crerem no que realiza a sua existência, sem causar mal nenhum a outros, estão sofrendo sobrecargas demasiadas, como alijamento de oportunidades de emprego e educação.

Ao perceber que no exercício legítimo de suas crenças em dia sagrados de guarda estão sendo subtraídos de direitos e benefícios, nos resta fazer uso da oportunidade dada e reequilibrar a relação de Estado-Igreja, neutralidade e exercício de liberdade de crença, conforme o princípio de liberdade religiosa apontado pela Constituição de 1988.



## 8 CONCLUSÃO

Este trabalho finaliza com a certeza de que a disciplina jurídica da liberdade religiosa no Brasil está projetada com meios constitucionais de efetivação da igualdade material para todas as crenças. A Constituição de 1988 não economizou esforços para fortalecer o princípio da liberdade religiosa por meio de direitos e garantias que cercassem todos os espaços individuais, sociais e políticos em que pudessem surgir limitações indevidas para a liberdade de crença.

Essa postura constitucional tem apoio na tradição constitucionalista moderna que passou a concentrar, no povo e no indivíduo, tanto a justificativa do Estado como a finalidade de sua formação e existência. E o Brasil se une a esta tradição, construindo princípios e conceitos derivados do constitucionalismo.

O constitucionalismo propôs a criação de um espaço político que objetivasse a formação do cidadão e o respeito as suas faculdades morais e intelectuais, preservando sua autorrealização e construção de valores e verdades norteadores da sua vida. Seria, assim, o povo assistido por um governo que cumprisse o seu propósito de organizar uma sociedade para o pleno convívio entre os cidadãos, sem, contudo, usar deste mister e desta autoridade para suplantar a própria razão de ser desta sociedade, que é promover um ambiente possível para as liberdades, fruto da intrínseca dignidade da pessoa humana.

É neste sentido que a primeira emenda da Constituição Americana expõe o princípio da laicidade, estabelecendo que o Congresso não poderia estabelecer uma religião ou proibir o seu livre exercício, respectivamente, o *establishment clause* (Cláusula de separação Estado-Igreja) e o *free exercise clause* (liberdade de exercício de crença). Mais tarde, o presidente Thomas Jefferson condensaria esses dois elementos na famosa expressão “muro de separação entre Igreja e Estado”.

Os conceitos trazidos inovadoramente pelo constitucionalismo americano instauram, pela primeira vez na história dos direitos fundamentais de liberdade religiosa, as condições necessárias para o estabelecimento de um pleno princípio de liberdade religiosa. Esta inovação se deu ao estabelecer expressamente na Constituição a garantia de que o Estado não mais oferecia seu braço secular à serviço de uma única mundividência religiosa,

em detrimento das outras visões de mundo, o que se conhece como cláusula de separação Estado-Igreja, e de que todos os cidadãos teriam o mais pleno direito de escolher qualquer crença religiosa e viver de acordo com ela (liberdade de exercício de crença), com a garantia de que sua convicção jamais entraria em conflito no plano concreto com as do Estado, pois este, em consequência da cláusula de separação referida acima, assumiu postura de neutralidade para com todas as confissões religiosas.

Até 1791, ano de adoção da primeira emenda, as relações que o Estado mantinha com as confissões religiosas se baseavam nos modelos europeus, que eram majoritariamente de união, um modelo de relação que encerra a ideia confessional do Estado com uma religião oficial. Embora a Europa tivesse sido o berço da liberdade religiosa, nos Estados Unidos é que foi desenvolvida em sua plenitude a noção que separa definitivamente as funções das confissões religiosas e as do Estado.

A escolha da realidade moral e espiritual dos indivíduos não mais seria uma agenda do Estado. A finalidade dos poderes políticos quanto à religião seria, então, garantir que os cidadãos pudessem viver suas vidas civis dentro da plenitude de suas crenças, não apenas por convicção interna, mas também por suas condutas e ações. Assim, é proposta uma maneira não europeia do Estado se relacionar com a religião, que não era nem confessional (países católicos ou protestantes), nem laicista, com impedimento da expressão do fenômeno religioso na esfera pública (tipo francês), e sim uma relação de neutralidade, plenamente coerente com a noção moderna de democracia e direitos fundamentais.

A partir de então, uma constituição que quisesse garantir o princípio da liberdade religiosa deveria estabelecer o compromisso com a cláusula de separação Estado-Igreja, com a proteção da liberdade de consciência e crença e também com seu exercício na esfera pública.

Neste sentido que, ao emprendermos a análise das constituições brasileiras, precisávamos seguir necessariamente os parâmetros modernos de garantia dos direitos fundamentais de religião. E o Brasil não se atualizou de imediato com o princípio de liberdade religiosa. Porém, durante a sua história constitucional, ao seu modo e mesmo com alguns percalços, o país foi ampliando sua qualidade democrática e garantias das liberdades e direitos fundamentais.

Até que em 1988 concretiza o seu momento máximo de maturidade constitucional. Não somente atualiza direitos e garantias constitucionais ausentes nas Cartas anteriores, mas constrói definitivamente uma plataforma com princípio e regras que iriam possibilitar os avanços no sistema de direitos fundamentais, e em particular na disciplina jurídica de liberdade religiosa no país.

Com base no fundamento da dignidade humana, a Carta brasileira estabelece o princípio da separação entre Estado e confissões religiosas, e torna efetivamente inviolável a liberdade de crença. Diferentemente das outras Constituições, o Estado agora vai além da formalidade e materializa a liberdade religiosa de fato. A expressão de inviolabilidade de consciência e crença, e o “direito de não perder direitos” por convicção religiosa vêm acompanhados das garantias de escusa de consciência com a obrigação estatal de providenciar solução, sem macular o exercício desta crença.

E para que não haja oportunidade de omissão do Estado nesta tarefa, e nem de leniência, fez acompanhar o direito-garantia de que essas normas de liberdade de consciência e crença teriam “aplicação imediata”.

Assim, temos a disciplina jurídica brasileira da liberdade religiosa construída sobre esses parâmetros, voltados para o aperfeiçoamento constante da dignidade da pessoa humana, com instrumentos constitucionais que nos capacitam a dar soluções a questões que estejam a constranger a liberdade religiosa.

Com base nesta conclusão, entendemos que há um setor da liberdade religiosa brasileira com relação a qual ainda não foi concretizado em plenitude a neutralidade estatal com respeito à liberdade de crença. Trata-se do direito de exercício de crença em dias sagrados, com tônica dada ao recurso extraordinário 611.874/DF, que trata da aplicação do direito de exercício de convicção religiosa no dia de sábado aos casos de acomodação de datas de provas e concursos que coincidam com referido dia de descanso espiritual.

Entendendo que o art. 5º, VI e VIII, assim como o §1º, garantem plenamente uma acomodação justa e isonômica, desenvolvemos os argumentos com o fim de cooperar na concretização dos direitos de liberdade religiosa na experiência diária brasileira.



## REFERÊNCIAS

ADRIAN, Melanie. Freedom of religion: a change in perspective? In: DIGIACOMO, Gordon(ed.). *Human Rights-current issues and controversies*. Toronto: University of Toronto Press, 2016.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. O constitucionalismo. In: FRANCISCO, José Carlos. *Neoconstitucionalismo e atividade jurisdicional: do positivismo ao ativismo judicial*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria Geral do Estado*. 37ª ed. São Paulo: Globo, 1997.

AZAROV, M.; YUREV, G. A juventude soviética e a religião. In: IWANOW, B. (Org.). *Religião na URSS*. Tradução Leônidas Gontijo de Carvalho. São Paulo: Dominus Editora, 1965.

BARBOSA, Ruy. *Obras Completas de Ruy Barbosa*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1987. v. II, t. II.

BÍBLIA. *Bíblia de referência Thompson*. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: Ed. Vida, 2005.

BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. Tradução Dankwart Bernsmuller. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000.

BLANCARTE, Roberto. O porquê de um Estado laico. In: LOREA, Roberto Arruda (org.). *Em Defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_. *O futuro da democracia*. Trad. Marco Aurélio de Oliveira. 10ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

\_\_\_\_\_; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 13. ed. Trad. Carmen C. Varrialle, et. al. Coord. trad. João Ferreira. Rev. geral João Ferreira, Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: UnB, 2007, v. 1.

BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado de social*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRANCO, Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRANDÃO, Themístocles. *Princípios gerais de direito público*. 3 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

BRASIL. Código Penal do Império 1830. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm)>. Acesso em: 17 jan. 2019.

BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil. Outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>.

BRASIL. Constituição da república dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em: 17 jan. 2019.

BRASIL. Constituição da república dos Estados Unidos do Brasil de 1934. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>.

BRASIL. Constituição da república dos Estados Unidos do Brasil de 1937. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 17 jan. 2019.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>>.

BRASIL. Constituição de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/Constituicao/Constituicao67.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao/Constituicao67.htm)>. Acesso em: 17 jan. 2019.

BRASIL. Constituição 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc\\_antecedente1988/emc01-69.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_antecedente1988/emc01-69.htm)>. Acesso em: 17 jan. 2019.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm).

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos. Legislação Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm).

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Convenção Sobre os Direitos da Criança. Legislação Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D99710.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm).

BRASIL. Defensoria Pública da União. Edital n.1, de 12 de junho de 2017. Concurso Público para provimento de vagas e formação de cadastro de reserva no cargo de defensor público federal de segunda categoria da carreira de defensor público federal da Defensoria Pública da União. Disponível em: [http://www.cespe.unb.br/concursos/DPU\\_17\\_DEFENSOR/](http://www.cespe.unb.br/concursos/DPU_17_DEFENSOR/).

BRASIL. Instituto Brasileiro de Estatística e Geografia. *Diversidade religiosa é marca da população brasileira*. Brasília, 24 jan. 2018. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/noticias/cidadania-e-inclusao/2018/01/diversidade-religiosa-e-marca-da-populacao-brasileira>.

BRASIL. Lei 605/1949. *Repouso semanal remunerado e o pagamento de salário nos dias feriados civis e religiosos*. Disponível em: <  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L0605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L0605.htm)>. Acesso em: 17 jan. 2019

BRASIL. Parecer sobre projeto de lei da Câmara n. 130, de 2009 (Projeto de lei n. 2.171 de 2003, na origem). Brasília: Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 611.874/DF*. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, aguardando julgamento. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3861938&numeroProcesso=611874&classeProcesso=RE&numeroTema=386>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 130. Brasília, 2009. Disponível em: <  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 17 já. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, julgado em 11 e 12 de abril de 2012. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm>>.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª região. *Mandado de Segurança nº 2007.01.00.042619-8/DF*. Desembargadora Relatora Maria Isabel Gallotti Rodrigues. Distrito Federal, julgado em 03 set 2009. Disponível em:  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3861938&numeroProcesso=611874&classeProcesso=RE&numeroTema=386>.

BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito público brasileiro e análise da constituição do império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça / Serviço de Documentação, 1958.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. *Democracia x constitucionalismo: um navio à deriva*. Cadernos de pós-graduação em direito: estudos e documentos de trabalho / comissão de pós-graduação da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, n. 1, 2011. São Paulo: Manole Editora, p. 15.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 1.ed. São Paulo: Companhia Das Letras, 2006.

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

\_\_\_\_\_; et al. Coord. científica; LEONCY, Léo Ferreira, Coodenação executiva. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1ª ed. São Paulo: ed. Saraiva, 2014.p. 270.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 2016.

DECLARAÇÃO AMERICANA DOS DIREITOS E DEVERES DO HOMEM, 1948. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>.

D'AUBIGNÉ, J. H. Merle. *History of the reformation of the sixteenth century*, vol. II. Trad. H. White. New York: American Tract Society, 1848.

EIRE, Carlos M. *Reformations: the early modern world, 1450 – 1650*. 1a ed. New Haven and London: Yale University Press, 2016.

ELSTER, John. Introduction. In: ELSTER, John; SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1993.

ESTADOS UNIDOS. Declaração de Independência Americana. Disponível em: <[http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas\\_Direitos\\_Humanos/DECLARA%C3%87%C3%83O%20DE%20INDEPENDENCIA%20DOS%20EUA%20-04%20de%20julho%20de%201776%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf](http://www4.policiamilitar.sp.gov.br/unidades/dpcdh/Normas_Direitos_Humanos/DECLARA%C3%87%C3%83O%20DE%20INDEPENDENCIA%20DOS%20EUA%20-04%20de%20julho%20de%201776%20-%20PORTUGU%C3%8AS.pdf)>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Military Selective Service Act. House of Representatives. Disponível em: <<http://uscode.house.gov/view.xhtml?path=/prelim@title50/chapter49&edition=prelim>>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Sherbert V. Verner, 374 U.S. 398 (1963). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/374/398/#tab-opinion-1944463>>.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. West Virginia State Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943). Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/319/624>>. Acesso 28 abril. 2018.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Reconstrução da Democracia*. São Paulo: Saraiva, 1979.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1990.

HOLMES, Stephen. Precommitment and the paradox of democracy. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. *Constitutionalism and democracy*. Cambridge New York: Cambridge University Press, 1988.

HOMERO. *Odisséia*. Trad. Manuel Odorico Mendes. 3ed. São Paulo: Edusp, 2000.

HUBER, Robert V., MILLER, Stephen M. *A bíblia e sua história: o surgimento e o impacto da bíblia*. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2006.

JELLINEK, Georg. *A declaração dos direitos do homem e do cidadão: contribuição para a história do direito constitucional moderno*. Organização, estudo introdutório e tradução Emerson Garcia. Coleção Clássicos do Direito, v. 2. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. *Teoría general del Estado*. Trad. Fernando de los Rios. Montevideu: B de F editorial, 1954.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Proteção dos direitos humanos na ordem interna e internacional*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

LEWIS, Bernard. The roots of muslim rage. *The Atlantic(monthly)*, Sep. 1990.

LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. Trad. Anoar Aiex e E. Jacy Monteiro. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Coleção Os pensadores).

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva – dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1996.

MATTEUCI, Nicola. *Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno*. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando. *Liberdade de Reunião*. 1999. 428 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1999.

MILLER, Nicholas Patrick. *The religious roots of the first amendment: dissenting protestants and the separation of church and state*. 1<sup>st</sup> ed. New York: Oxford University Press, 2012.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 (com a emenda n.1 de 1969)*. 2ª ed. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1970, t. 4.

MOCH, J. *URSS*. Trad. José Saramago. Lisboa: Publicações Europa-América, 1957.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos fundamentais e direito privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. 4.

\_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional*. 8ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, t. 1.

NOVINSKY, Anita; et. al. *Os judeus que construíram o Brasil: fontes inéditas para uma nova visão da história*. 2ª ed. São Paulo: Editora Planeta, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação fundadas na religião ou nas Convicções, 1981. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Preven%C3%A7%C3%A3o-contr-a-Discrimina%C3%A7%C3%A3o-e-Prote%C3%A7%C3%A3o-das-Minorias/declaracao-sobre-a-eliminacao-de-todas-as-formas-de-intolerancia-e-discriminacao-fundadas-na-religiao-ou-nas-conviccoes.html>.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: [https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.html](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.html).

PEW RESEARCH CENTER. *The global religious landscape*. Pew Research Center's Forum on Religion & Public Life, 18 dez. 2012. Disponível em: <http://www.pewforum.org/2012/12/18/global-religious-landscape-exec>.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. *A separação Estado-Igreja e a tutela dos direitos fundamentais de liberdade religiosa no Brasil*. 2007. 320f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1 de 1969*. 2ª ed., 6 vols. São Paulo: Ed. RT, 1970.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa de 1976. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art41>.

PORTUGAL. Lei da Liberdade Religiosa n. 16/2001. Disponível em: [https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada-/lc/106639383/201512300000/diploma?did=34483475&\\_LegislacaoConsolidada\\_WAR\\_drefrontofficeportlet\\_rp=indice](https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada-/lc/106639383/201512300000/diploma?did=34483475&_LegislacaoConsolidada_WAR_drefrontofficeportlet_rp=indice).

RANIERI, Nina Beatriz Stocco. *Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito*. Barueri: Manole, 2013.

ROCHA, Paschoal Silveiras Baptista Gomes da; LIMA, Marco Aurelio Brasil. Proselitismo religioso: um direito inconveniente. *Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais*. Salvador, v. 4. n.1, p. 112-130, Jan./Jun. 2018.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Org. Leonardo Martins. Trad. Beatriz Hennig, et al. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

SEFERJAN, Tatiane Robles. *Liberdade religiosa e laicidade do Estado na Constituição de 1988*. 2012. 162f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros Ed., 2013.

SIMMONS, Beth A. *Mobilizing for human rights: International law in domestic politics*. New York: Cambridge University Press, 2009.

TERAOKA, Thiago Massao Cortizo. *A liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro*. 2010. 282 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 3a. ed. Nova Iorque: Foundation Press, 2000.

TV SENADO. Entrevista com Alexandre de Moraes. *In* Constituição 30 anos. 2018 (26m38s). Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/noticias/TV/Video.asp?v=451148>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

TV SENADO. Entrevista com Carlos Ayres Britto. *In*: Constituição 30 anos. 2018 (26m47s). Disponível em: <<https://www.senado.leg.br/noticias/TV/Video.asp?v=451090>>. Acesso em: 13 jan. 2019.

VATICANO. *Catecismo da Igreja Católica*. São Paulo: Loyola, 2000.

ZYLBERSZTAJN, Joana. *O Princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*. 2012. 248 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011.