Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

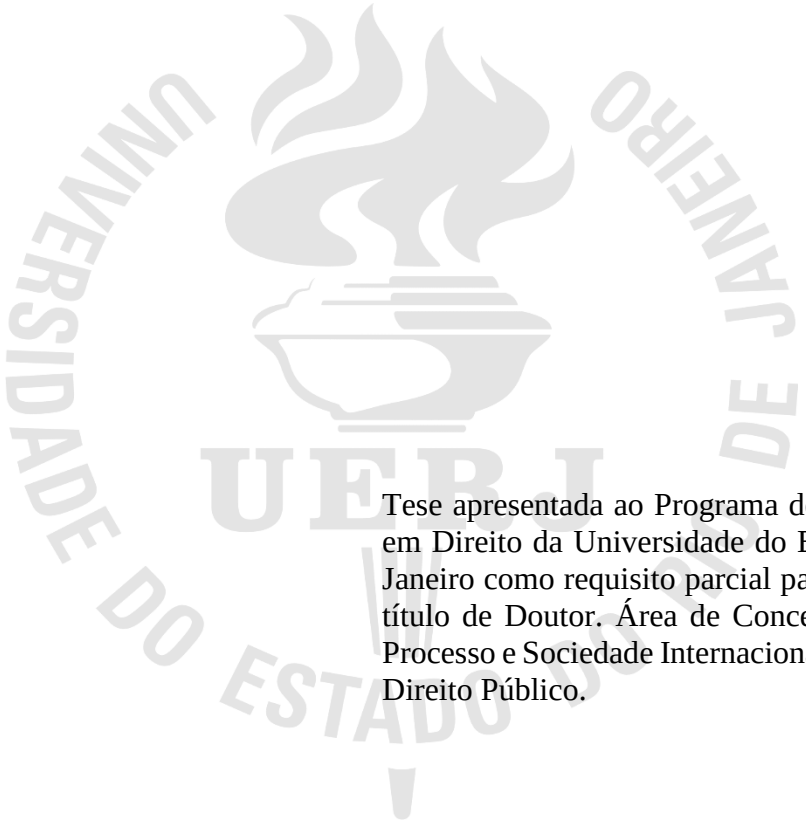
Thiago Magalhães Pires

Entre a cruz e a espada:
O espaço da religião em um Estado democrático de Direito

Rio de Janeiro
2017

Thiago Magalhães Pires

Entre a cruz e a espada:
O espaço da religião em um Estado democrático de Direito



Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor. Área de Concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional. Doutorado em Direito Público.

Orientador: Professor Doutor Luís Roberto Barroso

Rio de Janeiro

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

P667 Pires, Thiago Magalhães.

Entre a cruz e a espada: o espaço da religião em um estado democrático de direito / Thiago Magalhães Pires. - 2017.
459 f.
Orientador: Prof. Dr. Luís Roberto Barroso.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Liberdade religiosa - Teses. 2.Imparcialidade (Direito) –Teses. 3.Democracia – Teses. I. Barroso, Luís Roberto. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.731

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Thiago Magalhães Pires

Entre a cruz e a espada:

O espaço da religião em um Estado democrático de Direito

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor. Área de Concentração: Estado, Processo e Sociedade Internacional. Doutorado em Direito Público.

Aprovada em 10 de fevereiro de 2017.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Luís Roberto Barroso (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

Profª. Drª. Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos

Faculdade de Direito – UERJ

Profª. Drª. Jane Reis Gonçalves Pereira

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Carlos Ayres Britto

Universidade Federal de Sergipe / Centro Universitário de Brasília

---

Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève –

Universidade Federal do Paraná / Centro Universitário Autônomo do Brasil

Rio de Janeiro

2017

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, sempre e por tudo.

AGRADECIMENTOS

A melhor parte de um trabalho como este é agradecer a quem nos ajudou a chegar até aqui. Quem esteve conosco em todas as etapas, sofrendo por tabela os ônus de uma tese e de quatro anos de muita pesquisa e estudo. Embora ninguém tenha responsabilidade pelo que fazemos com as nossas vidas, é muito bom olhar para trás e reconhecer a sorte que tivemos por conviver e aprender com tantas pessoas maravilhosas.

Começo agradecendo àqueles sem os quais nada faria sentido: meus pais, Heliane e Sergio, a quem devo tudo, sempre. Exemplos de pessoas boas, carinhosas e honestas, nunca houve um momento em que pudesse duvidar do amor de vocês – e, sem isso, nenhum passo no meu caminho teria sido possível. O mesmo agradecimento dirijo aos meus avós, de sangue e de coração, Arlette e Pedro, Therezinha, Hélio e Lucy, a minha tia Hélida, e meus padrinhos Tereza e Helio. Minha irmã, Camille, me motivou a seguir o Direito e a ser professor, mas, embora devesse, não guardo rancor – talvez o masoquismo seja pré-requisito para viver essa vocação. Você é um modelo e uma inspiração. Meu sobrinho, Matheus, sempre foi a alegria da casa e maior fonte de bagunça que alguém poderia conceber.

No último ano do doutorado, sem procurar, encontrei Marjorie Buchi – e nunca fui tão feliz. Existe algo de sublime em simplesmente estarmos juntos, e uma enorme felicidade na leveza que você me proporciona. Obrigado por dividir a sua vida comigo. Gabriel Soares é um poço de conhecimento (útil e inútil) e divertido como poucos. Marisa Choeypant, que me persegue desde o ensino médio, combina um carinho inesgotável com uma grande inteligência e sensibilidade. Sempre soube que era com Juliana Beaklini que mais gargalhava nesta vida, mas tive a sorte de descobrir nela também uma amiga querida para todas as horas. Ímpar, pelo que é, pensa e faz – é o que talvez melhor descreva Gabriel Accioly. Dono de um senso de humor muito particular e extremamente inteligente, ele cativa as pessoas de uma forma muito sua até se tornar um elemento insubstituível na vida delas. Felipe Terra está entre as pessoas mais especiais com que tenho o prazer de contar na minha vida. Carinhoso do seu próprio jeito, é uma dualidade de explosão e tranquilidade, um amigo muito querido e uma referência no Direito. Têm um lugar especial também Elisa Accioly, Luciano Vasconcellos e Sofia.

Dentre as muitas coisas que a UERJ me proporcionou, guardo como tesouros Clara Iglesias Keller, Alice Voronoff e Juliana Cesario Alvim Gomes. Preciso registrar também a minha grande admiração por Adriana Cruz, Cristina Telles, Wallace Corbo, Alonso Freire e Cláudia Türner. Essa, sim, é a nova geração do Direito Público, a que pertencem também, como

membros natos, Gabriel Accioly e Felipe Terra. Dos tempos da graduação, ficaram – para sempre – Taís Guida, Fernanda Lopez, Maurine Morgan, Allyne Andrade, Lívia Baptista, Jovian Ferreira, Irapuã Santana e Marcelle Cunha. Continua sendo difícil marcar um almoço, mas eventualmente a gente consegue.

Dentre os professores, meu agradecimento especial vai para Luís Roberto Barroso. Mestre por vocação, advogado por opção e hoje juiz por convicção, brilha em absolutamente todos os papéis que exerce, por mérito e dedicação como nunca vi. Como seu aluno, monitor, associado e assessor, tive a oportunidade de aprender com sua experiência e ser testemunha do seu caráter e do seu talento. Ana Paula de Barcellos se situa em uma categoria análoga – nasceu para ser professora e, ainda por cima, é uma advogada de primeira linha, que tomo como referência em tudo o que faço. Jane Reis combina a serenidade da magistratura, a infatigável dedicação ao magistério público, e o questionamento contínuo e inquieto que é vital a uma academia que mereça o nome. Carlos Ayres Britto e Clèmerson Merlin Clève – que, com os anteriores, muito me honraram compondo a banca que examinou este trabalho – são professores para todos nós. Pessoas cuja atuação profissional sempre espelhou a reflexão acadêmica, demonstrando grande seriedade e um permanente compromisso com a efetividade da Constituição e o desenvolvimento do Direito Constitucional.

A todos os meus demais professores, agradeço muito por se dedicarem a uma das mais nobres (ainda que pouco reconhecidas) atividades que existem. Devo um muito obrigado especial a Iber Reis, Carmen Tiburcio, Patrícia Baptista, Daniel Sarmento, José Ricardo Cunha, Guilherme Couto, Ricardo Lobo Torres e Humberto Dalla. Aos meus alunos queridos, devo o aprendizado que só o contato semanal com vocês pode me proporcionar. Nada é tão bom como estar em sala de aula. Agradeço especialmente a Carolina Loureiro e Luccas Cardoso, além de Paula Morand, a valiosa ajuda com a pesquisa para a tese. Ainda na UERJ, jamais poderia esquecer Sonia Leitão, a energia que move o dia a dia da Pós-graduação.

Eduardo Mendonça, Rafael Barroso Fontelles, Karin Khalili Dannemann, Felipe Fonte e Felipe Monnerat são amigos a quem tenho o prazer, a honra e a sorte de chamar de sócios. A todos de *Barroso Fontelles, Barcellos, Mendonça Advogados*, agradeço na pessoa da querida amiga Valéria Oliveira, pela convivência maravilhosa e a oportunidade de fazer um trabalho de tanta qualidade com tanta gente de primeira linha.

Não poderia encerrar estas páginas sem um agradecimento especial a Deus. Além de me proporcionar um tema tão instigante para a tese – e a absoluta liberdade de investigá-lo –, minha vida é um mar de bênçãos, pelas quais sou infinitamente grato.

A todos, muito, muito obrigado.

Se todos forem deixados a julgar suas próprias religiões, não haverá algo como uma religião errada; mas se lhes couber julgar a religião do outro, não haverá algo com uma religião certa; e, por isso, ou todo o mundo está certo, ou todo o mundo está errado.

[...] A perseguição não é uma característica original de qualquer religião; mas é sempre a marca mais destacada de todas as religiões legais, ou religiões estabelecidas por lei.

Thomas Paine

RESUMO

MAGALHÃES PIRES, Thiago. *Entre a cruz e a espada:* o espaço da religião em um Estado democrático de Direito. 2017. 459 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

O presente estudo examina o papel que a religião pode legitimamente assumir em uma democracia constitucional. A tese é dividida em duas partes. Na Primeira Parte, o tema é analisado em uma perspectiva interdisciplinar, com ênfase nos pontos de vista da História, da Sociologia e da Filosofia Política. Além de expor o desenvolvimento da interação entre o poder político e a religião – no Ocidente, de forma geral, e no Brasil, em particular –, pretende-se demonstrar por que a primeira é importante a ponto de se transformar em um problema para o segundo ou estimular seu controle por ele. Na sequência, faz-se um exame crítico do tema à luz da exigência de imparcialidade, imposta pela justiça política, para determinar o espaço que a religião pode devidamente ocupar em uma democracia constitucional. Isso permite identificar as duas ideias centrais para o tratamento jurídico do tema: a liberdade religiosa (manifestação da autonomia fundada na dignidade humana) e a laicidade do Estado (expressão da imparcialidade na estrutura e na operação das instituições estatais). A adequada compreensão desses pontos lança luzes sobre a interpretação das disposições constitucionais relativas ao tema – examinadas detidamente na Segunda Parte da tese. Por todo o trabalho se sente a influência da igual dignidade de todos, que serve de fundamento não só para uma compreensão expansiva da liberdade religiosa, mas também para a exigência de igual respeito e consideração que subjaz ao princípio da laicidade. Longe de justificar a expulsão da religião para o espaço privado, a tese insiste na importância do pluralismo espontâneo da sociedade civil, ao mesmo tempo em que ressalta a ilegitimidade da transformação do Estado em extensão de um grupo ou de uma confissão específica.

Palavras-chave*:* Constituição. Liberdade religiosa. Estado laico. Imparcialidade. Democracia.

ABSTRACT

MAGALHÃES PIRES, Thiago. *Between the cross and the sword:* the role of religion in a democratic, rule-of-law state. 2017. 459 fl. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

This thesis examines the role that religions may legitimately play in a constitutional democracy. It is divided in two parts. In the First Part, the subject is analyzed through an interdisciplinary perspective, with an emphasis on the points of view provided by History, Sociology and Political Philosophy. Besides narrating the interplay between government and religion – both in the West, in general, and in Brazil, in particular –, it intends to explain why religion is important enough to become a problem or to stimulate its control by the state. Next, the relations between religion and state are placed under critical judgment, based on the demand of impartiality imposed by considerations of political justice, in order to establish the space that religions may duly occupy in a constitutional democracy. It allows for the identification of the two central ideas for the legal treatment of the matter: religious freedom (a manifestation of the autonomy that derives from human dignity) and the secular character of the state (reflection of the idea of impartiality in the structure and operation of state institutions). The proper understanding of these ideas sheds light on the interpretation of the constitutional provisions pertaining to them – which is the subject of the Second Part. Throughout the work, it is possible to feel the influence of the idea of the equal dignity of all people, which serves as the foundation not only for a broad construction of the freedom of religion, but also for the demand of equal respect and consideration that underlies the secularity principle. Far from justifying an expulsion of religion to the private realm, the thesis insists on the importance of the spontaneous pluralism of civil society, as well as on the illegitimacy of the transformation of the state in an extension of a private group or a specific denomination.

Keywords: Constitution. Religious freedom. Secular State. Fairness. Democracy.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Ag	Agravo de Instrumento
AgR	Agravo Regimental
Alte.	Almirante
CADH	Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José)
CDPD	Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência
CFM	Conselho Federal de Medicina
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
Cons.	Conselheira/Conselheiro
Conv.	Convocada/Convocado
CF	Constituição Federal (revogada)
CP	Código Penal
COM	Código Penal Militar
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil (1988)
Dec.	Decreto
Dec. Leg.	Decreto Legislativo
Des.	Desembargadora/Desembargador
DJ	Diário da Justiça
DOU	Diário Oficial da União
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EC	Emenda Constitucional
ED	Embargos de Declaração
EDcl	Embargos de Declaração
Esq.	Esquadra
EUA	Estados Unidos da América
Fed.	Federal
FJ	*Fundamento Jurídico*
HC	*Habeas Corpus*
j.	julgado em
LC	Lei Complementar
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
PSS	Protocolo de San Salvador
RE	Recurso Extraordinário
REsp	Recurso Especial
RESPE	Recurso Especial Eleitoral
RG	Repercussão Geral
RHC	Recurso em *Habeas Corpus*
Rel.	Relatora/Relator
RO	Recurso Ordinário
Rp	Representação
Min.	Ministra/Ministro
STC	*Sentencia del Tribunal Constitucional* (Espanha)
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

TCE	Tribunal de Contas do Estado
TJBA	Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
TJRJ	Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul
TRF	Tribunal Regional Federal
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	14
1	**RELIGIÃO E PODER POLÍTICO: PERSPECTIVA HISTÓRICA**	21
1.1	**O Ocidente Central: Europa e EUA**	21
1.1.1	Antiguidade	22
1.1.2	Idade Média	26
1.1.3	Idade Moderna	29
1.1.4	Idade Contemporânea	34
1.2	**O Brasil em particular**	42
1.2.1	Brasil colonial	42
1.2.2	Império do Brasil	45
1.2.3	República Velha	51
1.2.4	"Neocristandade"	56
1.2.5	De lá para cá, daqui para lá: algumas reflexões	60
2	**RELIGIÃO E SOCIEDADE**	67
2.1	**Religião e instituições**	67
2.2	**A secularização: fim da religião?**	73
2.3	**Razão, ciência e verdade**	82
3	**RELIGIÃO E FILOSOFIA POLÍTICA**	90
3.1	**Soberania e religião**	91
3.1.1	Maquiavel, Bodin e Hobbes: as origens do "deus mortal"	91
3.1.2	Rousseau: *vox populi, vox Dei*	97
3.1.3	Poder constituinte: o soberano envergonhado	101
3.1.4	Positivismo normativista: pseudoagnosticismo político	106
3.1.5	O fim da soberania	109
3.2	**Justiça política: algumas observaçoes iniciais**	113
3.3	**Dignidade humana e religião**	118
3.4	**Direitos fundamentais e religião**	127
3.5	**Democracia e religião**	133
3.5.1	Democracia, religião e conflito	133
3.5.2	Religião, maioria e procedimento democrático	137
3.6	**Constituição e religião**	143
3.7	**Outras implicações jurídico-políticas**	153
3.7.1	A religião e a distinção entre o "espaço público" e o "espaço privado"	153
3.7.2	Tolerância e imparcialidade: dois modelos, para dois pontos de vista	158
3.7.3	Razão pública	161
3.7.3.1	A doutrina de John Rawls	161
3.7.3.2	Algumas críticas e adaptações	163
3.7.3.3	Apreciação crítica	174
3.8	**Religião, poder e justiça: síntese das ideias centrais**	180
4	**A RELIGIÃO NO DIREITO INTERNACIONAL**	184
4.1	**Os grandes marcos internacionais**	184
4.2	**Diplomas temáticos**	192
4.2.1	Convenções de Genebra	192
4.2.2	Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino	193

4.2.3 Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação Baseadas em Religião ou Crença 194
4.2.4 Convenção sobre os Direitos da Criança 196
4.2.5 Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas 197
4.3 **Diplomas regionais** 197
4.3.1 Sistema interamericano 198
4.3.2 Sistema europeu 202
4.3.3 Sistema africano 204
4.3.4 Organização para a Cooperação Islâmica e Liga dos Estados Árabes 205
4.3.5 Sudeste Asiático 207
5 **A LIBERDADE RELIGIOSA NO DIREITO BRASILEIRO** 208
5.1 **Constituição e liberdade religiosa** 208
5.1.1 A sede constitucional da disciplina do tema 208
5.1.2 Contra o paroquialismo: a importância do direito internacional e comparado 209
5.2 **As liberdades do espírito: autodeterminação pessoal e privacidade** 216
5.3 **Um conceito jurídico de religião?** 222
5.3.1 O que é "religião"? 223
5.3.2 Tomada de posição: desnecessidade de delimitação conceitual da religião 232
5.4 **A liberdade religiosa na Constituição de 1988** 236
5.4.1 A liberdade de crença 237
5.4.1.1 Âmbito de proteção e posições jurídicas atribuídas ao sujeito 237
5.4.1.2 Possibilidade de restrições 243
5.4.1.3 Vedação à discriminação religiosa 243
5.4.1.4 Liberdade religiosa e privacidade 249
5.4.2 A liberdade de culto 250
5.4.2.1 Âmbito de proteção e posições jurídicas atribuídas ao sujeito 250
5.4.2.2 A liberdade "em relação à" religião (*freedom from religion*) 260
5.4.3 A liberdade de organização religiosa 263
5.4.4 A liberdade religiosa das pessoas jurídicas 272
5.4.5 Restrições à liberdade religiosa 276
5.4.5.1 O que são restrições? 276
5.4.5.2 Limites às restrições 277
5.4.5.2.1 Reserva de lei 278
5.4.5.2.2 Finalidade legítima 282
5.4.5.2.3 Proporcionalidade 286
5.5 **Algumas questões específicas** 299
5.5.1 Objeção de consciência 299
5.5.2 A liberdade religiosa nas relações privadas 309
5.5.2.1 Liberdade religiosa e relações familiares 314
5.5.2.2 Liberdade religiosa e relações de trabalho 322
5.5.2.3 Liberdade religiosa e fornecimento de bens e serviços 330
5.5.3 A liberdade religiosa e seus conflitos com a liberdade de expressão 334
6 **A LAICIDADE DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988** 339
6.1 **Introdução** 339
6.2 **Modelos de relação entre Estado e religião** 341
6.2.1 Teocracias 341
6.2.2 Estados secularistas 343
6.2.3 Estados confessionais 344
6.2.4 Estados laicos 348

6.3	**O princípio constitucional da laicidade**.....	351
6.3.1	Conteúdo jurídico do princípio da laicidade.....	353
6.3.1.1	Diferenciação orgânica.....	353
6.3.1.2	Proibição de identificação.....	355
6.3.1.3	Proibição de favorecimento (ou desfavorecimento).....	358
6.4	**Algumas questões específicas**.....	368
6.4.1	O que a laicidade não é: neutralidade e secularização.....	368
6.4.2	Símbolos religiosos em espaços públicos.....	372
6.4.3	Feriados religiosos e dias oficias de guarda e repouso.....	381
7	**CONFLITOS ENTRE A LIBERDADE RELIGIOSA E A LAICIDADE**....	388
7.1	**A liberdade religiosa e a representação democrática**.....	388
7.2	**O ensino religioso nas escolas públicas**.....	391
7.3	**A liberdade religiosa das pessoas nos recintos públicos**.....	405
7.4	**Assistência religiosa nas entidades de internação coletiva e nas Forças Armadas**.....	409
	CONCLUSÃO.....	417
	REFERÊNCIAS.....	421

INTRODUÇÃO

Durante muito tempo se imaginou que as religiões seriam espécies em extinção[1]. O progresso das ciências imporia a razão sobre a fé como a única fonte da verdade. De fato, o método científico cumpriu muitas das suas promessas. A vida humana é (ou pode ser) mais saudável e mais organizada. Do ponto de vista jurídico-político, celebra-se a formação de um *consensus omnium gentium* sobre o valor moral da pessoa humana, além da proibição formal da guerra como solução de impasses. O pluralismo é evidente em todo o mundo e, ao menos no Ocidente, o poder político se tornou laico, afastando-se, em grande parte, de fundamentos religiosos.

Ainda assim, no entanto, as religiões continuam a existir. Segundo dados da *Central Intelligence Agency* (CIA), quase 90% da população mundial professam uma religião, sendo só 9,42% os que se declaram não religiosos e 2,04% os ateus[2]. Não é diferente no Brasil, onde, em 2010, "apenas" 8% dos entrevistados pelo IBGE se declararam sem religião[3]. As expressivas mudanças no perfil religioso da sociedade brasileira – com a redução constante do número de católicos correspondendo a um incremento significativo dos adeptos de outras denominações, em particular as evangélicas – demonstram que a religião ainda é um assunto importante na vida de boa parte dos cidadãos: quando uma crença deixa de ser satisfatória, muitos preferem a conversão ao simples abandono dos referenciais transcendentes. Deixam uma confissão, mas não perdem a religiosidade. Apenas para que se tenha uma ideia, entre 1980 e 2011, o índice de desenvolvimento humano do Brasil cresceu mais de 30%[4], enquanto o produto interno bruto do

[1] LEGORRETA ZEPEDA, José de Jesús. Secularização ou ressacralização? O debate sociológico contemporâneo sobre a teoria da secularização. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 73, jun. 2010, p. 129.

[2] Os dados são de 2009. V. ESTADOS UNIDOS. Central Intellingece Agency. *The world factbook*. Disponível em: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/xx.html>. Acesso em: 30 jun. 2012.

[3] V. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo demográfico 2010:* características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: IBGE, 2012, p. 90. As aspas têm uma razão: embora os 8% pareçam pouco no universo da população brasileira, eles representam um aumento muito significativo diante do passado de absoluta predominância católica (em 1970, os católicos eram mais 90% da população).

[4] UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Brazil:* contry profile – human development indicators. Disponível em: <http://hdrstats.undp.org/en/countries/profiles/BRA.html>. Acesso em: 30 jun. 2012. O IDH brasileiro, que era de 0,549 em 1980, chegou a 0,718 em 2011.

País aumentou em quase 800% entre 1980 e 2010[5]. Ou seja, nem os avanços científicos, nem o desenvolvimento econômico e social geraram um impacto significativo na disposição dos brasileiros à crença religiosa.

Ao contrário – e isso é um fenômeno mundial –, o que se observa é o fortalecimento das religiões. Trata-se de mais uma expressão da crise da Modernidade, que lança dúvidas sobre a real capacidade da razão de dar conta de uma realidade cada vez mais complexa, veloz e interligada. A desterritorialização do poder fragmenta as identidades, substituindo os laços de nacionalidade por vínculos particulares de solidariedade, no aconchego de grupos definidos sentimentalmente por caracteres culturais. O avanço das comunicações e dos transportes expôs as pessoas a um número infinito de vias alternativas – estilos de vida, modos de pensar, códigos de ética –, que podem ou não adotar, uma vez que têm acesso fácil às opiniões, à crença e à postura de milhões de outros indivíduos. Como a frieza e a pretensa objetividade do pensamento científico não dão conta de incontáveis aspectos da vida humana, reabilitam-se, ao lado da razão, a emoção, o sentimento e a fé[6]. Como resultado, reforçam-se os fundamentalismos de diferentes matizes, as demandas identitárias e as buscas espirituais. Em todos esses casos, o que se vê é a consolidação de convicções éticas particulares, minoritárias ou majoritárias, que buscam um espaço no mundo. Não à toa, já se fala em um processo de *dessecularização* ou *ressacralização*[7].

Mas a assim chamada "revanche de Deus" não envolve – ao menos, não de forma predominante – um retorno ao modo de vida pré-moderno, em que a religião era o centro de todo o sistema social, dando sentido e atribuindo a cada pessoa e subsistema o seu espaço específico. O que se observa, em rigor, é uma retração do naturalismo[8] e do secularismo[9], que

---

[5] Os dados são do Banco Mundial e foram consolidados por Google Public Data. Eles estão disponíveis em: <http://www.google.com.br/publicdata/explore?ds=d5bncppjof8f9_&met_y=ny_gdp_mktp_cd&idim=country:BRA&dl=pt-BR&hl=pt-BR&q=pib+brasil>. Acesso em: 20 jun. 2012.

[6] Comparando a Modernidade à Pós-modernidade, v. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 36 e ss.

[7] V. BERGER, Peter L. (Ed.). *The desecularization of the world:* resurgent religion and world politics. Washington, D.C.: The Ethics and Public Policy Center; Grand Rapids: Wm. B. Eerdmans Publishing Co, 1999 e, em especial o texto do próprio Peter Berger, intitulado "The desecularization of the world: an overview". V. também BOBINEAU, Olivier; TANK-STORPER, Sébastien. *Sociologia das religiões*. São Paulo: Loyola, 2011, pp. 99-100; LEGORRETA ZEPEDA, José de Jesús. Secularização ou ressacralização?, cit.

[8] Compreendido como a concepção de que os processos físicos naturais explicam tudo o que existe no universo.

[9] O secularismo é uma posição ideológica, teórica, política ou filosófica que promove o mundo secular e seus valores em relação à compreensão religiosa da vida. V. SANDBERG, Russell. *Religion, law and society*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 56.

deixam de assumir eles próprios esse papel, cedendo lugar a uma composição dialética entre a concepção secular moderna e as crenças religiosas.

Essas alterações não são sentidas apenas no plano da sociedade como um todo. Mesmo as crenças sofrem intensas pressões e se modificam como decorrência da incorporação de valores tipicamente modernos à sua gramática interna. Assim é que a valorização da liberdade vem produzindo uma individualização e uma subjetivização da fé, em detrimento das grandes religiões institucionais: o caráter heterônomo das doutrinas perde um bom espaço para a consciência de cada um, que avalia, sopesa e transforma os valores religiosos segundo suas próprias expectativas, ao mesmo tempo em que a "concorrência" entre as denominações acaba conduzindo a um movimento inverso, em que elas incorporam as orientações de seu "público-alvo"[10]. Além disso, grande parte das confissões religiosas acabou assumindo a forma de "religiões públicas", adaptando suas doutrinas particulares a um ambiente secular de liberdade e igualdade, em que não podem pleitear uma supremacia universal[11].

Pois é nesse contexto que se insere o objeto da presente tese. Seu problema principal é *debater e definir o espaço próprio do pensamento religioso em um Estado democrático de Direito*[12]. Isto é: saber se existe e qual é o papel legítimo que as crenças podem desempenhar em uma estrutura política justa. O tema se desenvolve em dois planos relacionados entre si: **(i)** no plano subjetivo, a discussão sobre as relações entre o Estado e a religião gravitam em torno da ideia de *liberdade religiosa*, *i.e.*, do conjunto de posições jurídico-fundamentais que, associadas à religião por seu âmbito de proteção, tutelam decisões tomadas pelas pessoas e pelas entidades religiosas contra ingerências por parte do Estado e de outros particulares; e **(ii)** no plano objetivo, a questão se traduz na polêmica que envolve a *laicidade* estatal, *i.e.*, na postura e no discurso institucional do Poder Público diante da religião. Como se sabe, ambos

[10] BOBINEAU, Olivier; TANK-STORPER, Sébastien. *Sociologia das religiões*, cit., pp. 100-102. Segundo os autores, chega-se a falar em "religiões *à la carte*", expressão que atribuem a Jean-Louis Schlegel. A expressão não é utilizada, aqui, como algo pejorativo, mas apenas como sinal de que as trocas propiciadas pela comunicação transformam também as teologias, a partir das orientações adotadas pela sociedade.

[11] Essa "modernização" das religiões é destacada por HABERMAS, Jürgen. Religião na esfera pública. Pressuposições cognitivas para o "uso público da razão" de cidadãos seculares e religiosos. In: *Entre naturalismo e religião:* estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, pp. 155-156. V. também LEGORRETA ZEPEDA, José de Jesús. Secularização ou ressacralização?, cit., p. 136.

[12] Como a própria ideia de *Estado democrático de Direito* é debatida, convém ressaltar que o termo é tomado aqui como referência a um arranjo político que atenda às exigências básicas da justiça política. Nesse sentido, ele incorpora tanto os limites ao Poder Público associados ao constitucionalismo e Estado de Direito, como as demandas do princípio democrático.

os planos se abrem a uma série de questões específicas[13]: Até que ponto as decisões majoritárias podem (ou devem) ceder às objeções religiosas particulares? Ou, ao inverso: até que ponto as crenças individuais estão sujeitas à sobreposição pela opinião da maioria? O engajamento político dos segmentos religiosos é altamente recomendável – como, de resto, o de todo o povo –, mas haveria um limite ao que pode ou não pode ser defendido na esfera pública? O contexto particular em que se está – eleições gerais, debates parlamentares ou deliberações judiciais – altera a resposta a ser dada?

O objetivo da tese será situar essas indagações diante do pano de fundo de um Estado democrático de Direito, voltado não menos à soberania popular que à proteção da autonomia privada. A hipótese que se busca confirmar é que todas essas questões podem ser resolvidas mediante o recurso a um conjunto de princípios elementares, associados ao valor intrínseco da pessoa humana e sua autonomia.

O que se pretende, então, é reconstruir a liberdade religiosa e a laicidade do Estado à luz desses princípios, a fim de iluminar a solução de conflitos que giram em torno de questões relacionadas à crença. A imparcialidade da ordem jurídica deixa de ser compreendida como um estágio intermediário no caminho para um Estado ateu e passa a se enxergar, em geral, como o palco da cooperação possível entre pessoas que, embora se vejam – ou se devam ver – como iguais membros da sociedade política, divergem sobre muitos pontos, alguns dos quais sensíveis e considerados fundamentais. Nesse contexto, a religião não é mais tida como um elemento anacrônico, um resquício de primitivismo em vias de extinção, mas antes como a expressão sincera da autodeterminação ética do ser humano, cabendo ao Estado – para manter-se fiel aos seus pressupostos – acomodá-la da melhor forma possível. Em uma sociedade política que se comprometa com o igual valor moral de todos, qualquer que seja sua filiação religiosa, a simples tolerância com o exercício das religiões é algo positivo, mas ainda insuficiente: apenas a liberdade, livre de qualificações e preconceitos, pode servir a esse propósito.

Embora esse terreno não seja totalmente desconhecido, é inequívoco que ele não vem recebendo a atenção que merece. No Brasil, há trabalhos sobre alguns pontos específicos relacionados ao tema (*e.g.*, crucifixos em tribunais, educação religiosa em escolas públicas), mas poucos procuram desenvolver um sistema a partir do qual construir respostas coerentes às

[13] Não será discutida a questão da imunidade tributária dos templos, que envolveria outras considerações, relacionadas especificamente à tributação, como a finalidade das normas de imunidade, seu escopo e a questão da presença ou ausência de capacidade contributiva nesses casos.

questões pontuais que surgem[14]. Certamente existe material de muita qualidade no exterior, mas, antes de importadas, suas contribuições devem ser confrontadas com a realidade e o direito brasileiros e adaptadas a eles. A originalidade desta tese está justamente na ideia de reconstruir a liberdade religiosa e a laicidade estatal de forma sistemática, à luz dos pressupostos normativos de um Estado democrático de Direito.

A atualidade do tema também é evidente. A atuação política de grupos religiosos é objeto de frequentes debates, em particular quando atuam em oposição às demandas de minorias estigmatizadas, como os homossexuais[15] e as mulheres[16]. A mobilização religiosa chegou até aos tribunais: em casos rumorosos, como os que envolviam as pesquisas com células-tronco e a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, instituições e autoridades religiosas participaram do julgamento ou, ao menos, das audiências públicas[17]. Do resto do mundo, chegam polêmicas envolvendo Estados como o Irã e o Afeganistão, a proibição do uso de símbolos religiosos nas salas de aula francesas e turcas, e as reações anti-islâmicas ao atentado terrorista de 11/9. Mais recentemente, o avanço do Estado Islâmico preocupa toda a comunidade internacional. Mesmo no Brasil, a persistência da violência fundada na religião[18] levou à criação, no Rio de Janeiro, da Comissão de Combate à Intolerância Religiosa, que reúne pessoas de diversos credos, além da Polícia Civil, do Ministério Público e do Tribunal de Justiça, e organiza Caminhadas em Defesa da Liberdade Religiosa.

---

[14] Uma das destacadas exceções é o livro de WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição:* fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

[15] Recentemente, uma "Marcha da Família" reuniu cerca de 50 mil católicos e evangélicos em Brasília para protestar contra o reconhecimento das uniões homoafetivas e um projeto de lei que criminalizava a homofobia. V. MARCHA da família reúne 50 mil religiosos em Brasília. *UOL Notícias*, 1º jun. 2011. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2011/06/01/marcha-da-familia-reune-50-mil-religiosos-em-brasilia.jhtm>. Acesso em: 2 jul. 2012.

[16] ANTUNES, Claudia; ANGELO, Claudio. Brasil cede à pressão do Vaticano e muda texto final da Rio+20. *Folha de São Paulo*, 19 jun. 2012. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ambiente/1106903-brasil-cede-a-pressao-do-vaticano-e-muda-texto-final-da-rio20.shtml>. Acesso em: 2 jul. 2012, em que se afirma que "O Brasil cedeu à pressão do Vaticano e tirou do novo projeto de texto final da Rio+20, apresentado na manhã desta terça-feira (19), a expressão 'direitos reprodutivos', que designa a autonomia da mulher para decidir quando ter filhos". A reação à decisão foi imediata: FLECK, Isabel. Após Brasil atender Vaticano, mulheres protestam por 'direitos reprodutivos'. *Folha de São Paulo*, 20 jun. 2012. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ambiente/1107417-apos-brasil-atender-vaticano-mulheres-protestam-por-direitos-reprodutivos.shtml>. Acesso em: 2 jul. 2012.

[17] Na ADI 3.510 (pesquisas com células-tronco embrionárias), julgada pelo STF, a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB foi admitida como *amicus curiae* e proferiu sustentação oral. Na ADPF 54 (anencefalia), indicaram participantes para a audiência pública a CNBB, a Igreja Universal do Reino de Deus e a Associação Médico-Espírita do Brasil.

[18] O exemplo mais comum é a destruição de templos de religiões afro-brasileiras. V. ROHDE, Bruno. Centro de umbanda é atacado em Nova Iguaçu. *Extra*, 26 nov. 2009. Disponível em: <http://extra.globo.com/noticias/rio/centro-de-umbanda-atacado-em-nova-iguacu-388844.html>. Acesso em: 2 jul. 2012.

O estudo será dividido em duas grandes partes. A **Primeira Parte** se dedicará a uma abordagem interdisciplinar[19], buscando consolidar uma compreensão mais ampla das relações entre a religião e a política a partir das perspectivas da História, com ênfase no caso do Brasil (Capítulo 1), das Ciências Sociais (Capítulo 2) e da Filosofia Política (Capítulo 3). Embora o esforço, no primeiro momento, tenha uma finalidade mais instrumental e informativa, espera-se obter um conjunto de elementos que permitam, mais que uma análise crítica da perspectiva jurídica convencional, a reconstrução do direito constitucional a partir da identificação do papel que a religião historicamente desempenha no mundo e no Brasil, da sua operação como instituição social e, principalmente, dos princípios de justiça[20]. Como sede de relações de poder e base para a legitimação da ordem social, a fé pode ser um grande problema ou um valioso aliado para o Estado – e, em ambos os casos, quem suporta os riscos são os cidadãos. Por isso, torna-se indispensável situar uma e outro no contexto mais amplo da justiça política, onde o ponto de vista deve ser sempre o das pessoas, e não o do Estado soberano, nem o da religião inquestionável. Nesse quadro de *imparcialidade*, a autodeterminação dos indivíduos e a representatividade universal do Estado se colocam como imperativos de primeira relevância.

A **Segunda Parte** se dedicará às questões jurídicas propriamente ditas. Depois de uma exposição detalhada do tratamento do tema no direito internacional (Capítulo 4), a tese passa a se ocupar especificamente das disposições pertinentes à religião na Constituição de 1988. De início, serão apresentadas, em linhas gerais, as posições jurídicas associadas à liberdade religiosa e as possibilidades de sua restrição (Capítulo 5). Na sequência, o mesmo se fará com a laicidade do Estado (Capítulo 6), para, por fim, discutir algumas questões que parecem envolver choques entre a liberdade e a laicidade (Capítulo 7).

Antes de passar à tese, convém fazer um registro importante em matéria de método. O estudo tem índole teórica e dogmática e, por isso mesmo, não se dedicou especialmente à investigação empírica – salvo se assim se considerar o aporte do pensamento histórico e sociológico na Primeira Parte. Nessa linha, a pesquisa e a reflexão envolveram principalmente a leitura crítica de material bibliográfico, doutrinário, legislativo e jurisprudencial. Diante de

---

[19] Como convenção terminológica, considera-se *interdisciplinar* o trabalho que busca integrar materiais produzidos por disciplinas diversas, em oposição ao trabalho *multidisciplinar*, baseado na justaposição, na simples colocação lado a lado, dos *insights* de várias disciplinas. V. SANDBERG, Russell. *Religion, law and society*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 231 e ss.

[20] Embora o ponto não seja – nem poderia ser – problematizado na tese, sob pena de desviá-la de seus fins, adota-se aqui a perspectiva pós-positivista, que considera necessária a vinculação do direito à moral. Como uma empreitada interpretativa, o direito não se origina de fatos e sua enunciação não resume a uma descrição; é preciso que o intérprete se comprometa com a busca da solução mais correta, ainda que não a encontre, integrando ao raciocínio jurídico uma concepção de justiça e de moralidade política.

um tema tão vasto, a proposta em relação à pesquisa não era – nem poderia ser – esgotar o assunto, mas simplesmente examinar e avaliar as principais contribuições já feitas para o tema. De forma coerente com o que se desenvolveu na tese, a postura diante das fontes não foi de reverência absoluta a autoridades, mas de diálogo e crítica. As referências foram sempre empregadas como forma de reiterar ou reforçar argumentos e trazer exemplos. A fim de tentar expandir os horizontes, consultou-se material não apenas do Brasil, mas também documentos e a jurisprudência internacional e supranacional, além de fontes estrangeiras[21] – em especial dos EUA, Portugal, Espanha, Alemanha, França e de países cuja experiência constitucional vem se destacando mais recentemente, como Colômbia, África do Sul e Índia. Essas contribuições se mostraram de grande valia, especialmente na Segunda Parte, na linha de uma interpretação constitucional cosmopolita[22].

Uma última nota. Se nem o Direito pode pretender resolver problemas sociais por conta própria, é claro que esta tese e seu autor jamais presumiriam algo semelhante. A ideia tampouco é trazer soluções prontas para questões complexas, como se fosse possível tabelar ponderações. Isto não é, nem busca servir como um manual. Seria intelectualmente desonesto – além de um compromisso com a injustiça – tentar pautar fenômenos que se apresentam de formas tão variadas. Nada do que se faça pode legitimamente remover o ônus argumentativo que recai sobre qualquer pessoa que lide com o direito. Por isso, esta tese só procura trazer algumas reflexões e argumentos para todos aqueles que pretendam tratar a religião com justiça, situando-a em um ambiente em que, nem as igrejas, nem o Estado possam assumir o papel central, reservado à pessoa humana.

---

[21] Todas as traduções foram feitas livremente pelo autor, salvo quando expressamente indicada situação diversa. Além disso, a jurisprudência (brasileira, estrangeira e internacional) foi retirada das páginas oficiais dos próprios órgãos na internet. Quando isso não ocorreu, foi indicada expressamente a fonte. Tanto quanto possível, usou-se a forma de citação recomendada ou utilizada pelos órgãos citados.

[22] SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional cosmopolita. *Jota*, 14 abr. 2015. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/interpretacao-constitucional-cosmopolita>. Acesso em: 14 ago. 2016: "Novos argumentos e pontos de vista são incorporados ao debate constitucional, que se torna muito mais rico. Adquire-se uma perspectiva mais ampla e menos provinciana das questões discutidas, o que permite o diagnóstico de possíveis fragilidades e inconsistências dos pontos de vista tradicionalmente adotados no plano nacional. Consensos globais que se consolidam em torno da democracia e dos direitos humanos podem se irradiar ainda mais. A busca de convergência entre a interpretação constitucional e os mandamentos contidos nos tratados em questão, além de fortalecer a proteção dos direitos fundamentais – objetivo central do constitucionalismo –, tem também a vantagem adicional de evitar a possibilidade de responsabilização internacional do Estado por afronta aos direitos humanos". Como alerta o autor, isso não deve significar subserviência, mas um verdadeiro diálogo, que atente para que o há de comum, mas também para o que há de particular nas experiências internacionais e constitucionais.

1 **RELIGIÃO E PODER POLÍTICO: PERSPECTIVA HISTÓRICA**

1.1 **O Ocidente Central: Europa e EUA**

A liberdade religiosa e a laicidade são questões tipicamente modernas, como é, aliás, a própria *religião*, como gênero ou categoria abstrata[23]. O termo surgiu para distinguir o que não era *secular* quando já se começava a exaltar o domínio mundano da racionalidade[24]. Desse modo, a palavra traz em si o distanciamento típico da época em que a religião se tornou um "problema" – não só porque passou a ser vista (por alguns) como algo a ser combatido, mas também porque se tornou objeto da investigação científica e filosófica[25].

No passado mais remoto, o que se entendia como religião era informado pelo conteúdo de cada crença, de modo que havia sempre *a* religião, e não *as* religiões. Isso não significa que os povos não identificassem, nos outros, as instituições simétricas às da sua religião, mas só que o termo não tinha a generalidade que hoje se lhe confere. Na Europa, essa ampliação de sentido veio com a consolidação da Reforma, quando o cristianismo – então, *a* religião – se fragmentou e a disputa em torno da sua interpretação "correta" se tornou um problema para o emergente Estado moderno. Para superar a disputa, foi preciso separar, em alguma medida, as instituições estatais da religião – agora, sim, qualquer que ela fosse[26].

A palavra nasceu sob a marca de oposições: entre sagrado/profano, eclesiástico/estatal, fé/razão. Ela é, em si mesma, uma expressão da tentativa de limitar o escopo totalizante das crenças, inserindo-as em um mundo no qual, longe de estarem sós, elas disputam espaço com outras formas de autoridade e conhecimento – e que surge com a Modernidade. Ou seja: além de não ser atemporal, o termo traz, marcados no seu código genético, os conflitos que até hoje envolvem a religião.

No entanto, nada disso afasta o interesse em uma análise histórica que retroceda a

---

[23] Sobre o tema, v. LEITE, Fábio Carvalho. *Estado e religião:* a liberdade religiosa no Brasil. Curitiba: Juruá, 2014, p. 25 e ss.

[24] KOENIG, Matthias. Religion and public order in modern nation-states: institutional varieties and contemporary transformations. In: BRUGGER, Winfried; KARAYANNI (Eds.). *Religion in the public sphere:* a comparative analysis of German, Israeli, American and International Law. Berlin: Springer, 2007, p. 6.

[25] EAGLETON, Terry. *A morte de Deus na cultura.* Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2016, p. 15.

[26] Além disso, o crescente interesse pelas culturas antigas e pelos povos das Américas e da África também contribuiu para a ampliação do sentido do termo *religião*.

períodos anteriores à Modernidade. Afinal, ainda que a religião, como categoria teórica, seja mais recente, e que o próprio Estado seja uma construção moderna, o fenômeno religioso, em si, e o próprio poder político não correspondem a nenhuma novidade. As diferenças entre as suas relações no passado e no presente, longe de prejudicarem, apenas sublinham a importância de sua compreensão e comparação, mesmo que apenas para deixar mais claras as características dos modelos que vemos hoje.

Com efeito, a situação em que nos encontramos hoje não é fruto do acaso ou mera produção espontânea, mas a etapa contemporânea de um longo processo histórico, marcado (como sempre) por idas e vindas. Por isso, mesmo na forma como o tema atualmente se apresenta, podem ser observados traços do passado, ora como reprodução de estruturas comuns a formações mais antigas – em geral, reações a movimentos ditos "modernizantes" –, ora como expressões de um questionamento dirigido contra os modelos tradicionais. Seja como for, uma apreciação histórica do tema parece indispensável a fim de colocá-lo em perspectiva. É a isso que se dedica este capítulo.

1.1.1 Antiguidade

Uma das principais marcas das formações sociais antigas era o caráter político da religião. As obrigações religiosas, longe de se inserirem em um plano exclusivamente privado ou íntimo das pessoas, constituíam uma parte (destacada, aliás) da vida em sociedade[27]. O principal elemento de coesão das sociedades antigas era a religião: o exercício da autoridade política se sustentava sobre a natureza (ou a ascendência) divina dos governantes, ou ainda sobre sua aprovação pelos deuses. A *auctoritas* – fonte de todo poder (*potestas*) – era centrada na figura do governante, a quem se atribuía na vida política, por extensão ou analogia, o caráter originário que, no mundo sobrenatural, cabia aos deuses[28]. O apelo a essa metafísica compartilhada reunia os grupos em sociedades organizadas, estabelecendo hierarquias mais ou menos definidas e atribuindo a cada pessoa e casta seu papel na estrutura do todo.

A religião era, portanto, uma parte da política, um elo entre as pessoas e a sociedade. À

[27] COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga:* estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: HEMUS, 1975, p. 141.

[28] SALDANHA, Nelson. *Secularização e democracia:* sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 29 e ss.

semelhança dos seres humanos, as divindades eram compreendidas, de certa forma, como integrantes das comunidades. Elas se empenhariam em favor de uma cidade ou de um povo – concedendo-lhes, *e.g.*, boas colheitas ou vitórias na guerra – e, em troca, caberia às pessoas honrá-las ao participarem de rituais e sacrifícios, e colaborarem (na paz ou na guerra) para a glória da coletividade. Não à toa, as festividades religiosas eram também cívicas e vice-versa. As autoridades políticas tinham um papel de destaque nas cerimônias e frequentemente sua ascensão ao poder era confirmada por consultas a oráculos e auspícios. Assim foi mesmo na Grécia e em Roma[29]. Em que pesem o monoteísmo e a considerável autonomia de sua classe sacerdotal, também o judaísmo antigo exibia algumas dessas características[30], em particular a afirmação de Javé como o Deus dos judeus – em oposição a outros[31] – e a íntima relação entre Ele e as autoridades civis[32], mediada, por vezes, por profetas[33].

Dessa forma, as religiões antigas, em geral, só faziam sentido dentro de cada formação social – o que talvez explique por que os povos da época demonstravam tão pouco interesse em interferir com as religiões dos demais[34], ainda quando os dominavam[35]. Isso não quer dizer que a Antiguidade tenha vivido em um clima permanente de tolerância e de paz religiosa[36]. De fato,

---

[29] COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*, cit. p. 130. Sustentando que, na Grécia, a religião era um apêndice do Estado e não o inverso, v. CASTORIADIS, Cornelius. *Democracia y relativismo:* debate con el MAUSS. Tradução de Margarita Díaz. Madrid: Trotta, 2007, p. 35.

[30] Há quem sustente que o "judaísmo era originalmente ligado ao Estado, e apenas eventos históricos levaram, por fim, a sua separação", mas a recriação do Estado de Israel "permitiu um retorno à tradição, e hoje se observa uma interessante simbiose entre a religião e o Estado" (GARLICKI, Leszek Lech. Perspectives on freedom of conscience and religion in the jurisprudence of Constitutional Courts. *Brigham Young University Law Review*, n. 2, p. 467-509, 2001, p. 468).

[31] Aponta-se que o monoteísmo judaico não decorria de uma compreensão de Javé como o único deus existente, mas como o cumprimento de uma promessa: os israelitas firmaram uma aliança com Ele em troca de proteção especial (ARMSTRONG, Karen. *Uma história de Deus:* quatro milênios de busca do judaísmo, cristianismo e islamismo. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 38 e ss.).

[32] A relação de Javé com Davi, narrada nos Livros de Samuel, é um exemplo particularmente contundente disso.

[33] Samuel ungiu Davi (1 Sm 16:13), que depois se tornou rei. Na sequência, Zadoque e Natã ungiram Salomão (1 Rs 1:34-46). O profeta Eliseu ungiu Jeú, rei de Israel (2 Rs 9:6).

[34] Tratando de Roma, Mary Beard, John North e Simon Price destacam que seria impróprio explicar essa situação por uma *tolerância* supostamente maior, mas sim como uma decorrência do espaço (menor ou maior) de *exclusividade* aplicável ao modelo romano. Os deveres morais e religiosos voltados para os deuses da Cidade eram próprios dos cidadãos romanos. À medida que se expandiu o conceito de *romano* – inicialmente aplicável apenas à capital – a exigência de "pureza" acabou se ampliando também para o resto do Império. V. BEARD, Mary; NORTH, John; PRICE, Simon. *Religions of Rome*. vol. 1: A history. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 212.

[35] Uma Roma cada vez mais cosmopolita viu multiplicarem-se os cultos a divindades diversas do seu panteão e, em resposta, ou bem os assimilava, adaptando-os à sua própria religião, ou bem os tolerava, sob alguma supervisão. Desde que não afrontassem a moralidade pública, nem levassem os cidadãos romanos a negligenciarem ou vulnerarem seus deveres para com os deuses da Cidade, os cultos estrangeiros não atraíam intervenções das autoridades políticas. V. HARDY, E. G. *Studies in Roman history*. Swan Sonnenschein & Co.: London, 1906, pp. 5-6.

[36] Uma exceção marcante foi a postura do imperador budista Ashoka da Índia (268-232 A.E.C.), que incentivava

a identificação dos povos com seus deuses tornava relativamente sem sentido perseguições fundadas em divergências doutrinárias. Da mesma forma, o encontro de divindades homólogas entre as religiões politeístas evitava atritos e facilitava a assimilação de culturas. Nada obstante, diante de insurreições e guerras, bem como de qualquer indício de subversão, os grupos dominantes valiam-se da perseguição religiosa como forma de reafirmar seu poder e submeter os grupos dominados[37].

Dessa situação inicial, passou-se depois a outra, intermediária, na qual o político e o religioso, embora continuassem ligados, não desfrutavam de uma quase coincidência conceitual. Para que isso ocorresse, foi necessária uma conjugação de diversos fatores.

O primeiro deles, ainda na Idade Antiga, foi o surgimento do cristianismo. Comparada às religiões da época, a fé cristã se destacava por sua independência – histórica e teológica – da origem dos seus fiéis, que assumiam essa qualidade como resultado de uma opção livre pela conversão[38]. De fato, o cristianismo se expandiu à medida que mais e mais pessoas romperam com suas religiões comunitárias. Com isso, a nova crença promoveu uma quase inédita afirmação da individualidade em matéria religiosa[39], ao mesmo tempo em que pôs em xeque os fundamentos da coesão social e da própria autoridade estabelecida. Os cristãos não se viam como "irmãos" por sua origem, mas por sua crença, que ignorava barreiras políticas e sociais. Ademais, uma das marcas da religião era voltar-se para fora do mundo e, particularmente, da

---

a convivência e os diálogos inter-religiosos. Confira-se o texto de um de seus éditos: "Não se deve honrar apenas a própria religião e condenar aquelas de outros, mas se devem honrar [também] as religiões de outros por alguma razão. Em o fazendo, ajuda-se sua religião a crescer e serve-se às religiões dos outros também. Ao agir de forma diversa, cava-se a sepultura da sua religião e ainda se causa dano a outras religiões. Quem quer que honre a própria religião e condene outras, de fato o faz por devoção a sua própria religião, pensando 'Glorificarei minha própria religião'. Mas, ao contrário, ao fazê-lo ofende sua própria religião de forma mais grave. Então a concórdia é boa: Que todos ouçam e estejam dispostos a ouvir às doutrinas professadas por outros" (*apud* SHARMA, Arvind. *Problematizing religious freedom*. Dordrecht: Springer, 2012, p. 117).

[37] Um exemplo destacado disso envolveu os judeus, que enfrentaram uma série de restrições impostas pelos romanos – especialmente depois da conversão dos imperadores ao cristianismo. V. GRAYZEL, Solomon. The Jews and Roman law. *The Jewish Quarterly Review*, v. 59, n. 2, pp. 93-117, October 1968.

[38] TIERNEY, Brian. Religious rights: an historical perspective. In: WITTE, JR., John; VYVER, Johan D. van der. *Religious human rights in global perspective:* religious perspectives. The Hague: Kluwer Law International, 1996, p. 22.

[39] O cristianismo certamente exerceu uma influência decisiva na Europa e nos países de colonização europeia, mas não foi a única religião em que ocorreu algo semelhante ao descrito acima. Segundo Jürgen Habermas, a Era Axial – em particular em Israel, na China e Grécia – viu surgirem cosmovisões metafísicas e religiosas que "permitiram às emergentes elites intelectuais formadas por profetas, sábios, monges e pregadores itinerantes transcender os eventos do mundo, inclusive os processos políticos, e adotar uma postura destacada em relação a eles *en bloc*. Dessa época em diante, os governantes políticos também estavam sujeitos à crítica. A referência a uma divindade exterior ao mundo ou à base interna de um direito cósmico liberta a mente humana do alcance da torrente de acontecimentos narrativamente ordenada sob a influência de poderes míticos e torna possível uma busca individual pela salvação" (HABERMAS, Jürgen. "The political": the rational meaning of a questionable inheritance of political theology. In: MENDIETA, Eduardo; ANTWERPEN, Jonathan Van (Eds.). *The power of religion in the public sphere*. New York: Columbia University Press, 2011 (Kindle Edition), posição 365).

política, considerando irrelevante ou mesmo destrutivo o envolvimento na esfera pública[40]. Diante de tudo isso, não é difícil compreender por que o cristianismo foi compreendido como subversivo e perigoso, sendo objeto de uma perseguição especialmente intensa no Império Romano[41].

O processo de separação foi interrompido com a conversão dos imperadores romanos à fé cristã e à decretação desta como a religião oficial do Império[42-43]. Essa interrupção se tornou permanente no Oriente, onde a sobrevida do Império Bizantino até 1453 garantiu a continuidade do *cesaropapismo*, que reservava ao imperador a condição de chefe e protetor da Igreja[44]. Já o

---

[40] ARENDT, Hannah. Religião e política. In: *A dignidade da política:* ensaios e conferências. Org., intr. e rev. técnica, Antonio Abranches. Tradução de Helena Martins e outros. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2006, p. 67. A autora cita uma frase de Tertuliano, para quem "Nada é mais estranho a nós [cristãos] do que os assuntos públicos" (acréscimo feito no original). Ela considera "bem mais provável que a autoridade, já que se baseia na tradição, tenha uma origem política romana, e que só foi monopolizada pela Igreja quando se tornou a herança política e espiritual do Império Romano" (p. 59).

[41] Diferentemente do judaísmo – que gozava ainda do respeito dos antigos às religiões de outras nações –, o cristianismo não era visto como uma religião, mas como uma *seita*, que não apenas renunciara às tradições de todos os povos conhecidos, como parecia romper com o próprio Estado ao desprezar a cidadania política pela participação em outra comunidade, de natureza espiritual. Pior: sua doutrina, considerada extravagante, se baseava nos ensinamentos de alguém que morrera como um criminoso, pelas mãos da própria Roma. Todos esses elementos ajudam a entender por que a multiplicação dos cristãos soava, às autoridades romanas, como uma verdadeira ameaça ao Império. V. GIBBON, Edward. *The history of the decline and fall of the Roman Empire*. London: T. Cadell, 1937, pp. 194-197. Para isso também contribuíram, como se sabe, os preconceitos difundidos à época sobre a nova "seita", favorecidos pelo estilo de vida excêntrico adotado por muitos cristãos (*e.g.*, a opção por uma vida sem luxos e adornos, e a recusa ao homicídio, mesmo que como pena ou em caso de guerra). V. BAINTON, Roland H. *Christianity*. [Boston]: Houghton Mifflin Harcourt, 2000, pp. 54-64. Diante disso, não surpreende que, nos primeiros dias do cristianismo, uma liberdade religiosa individual tenha encontrado nas autoridades espirituais cristãs importantes defensores, como Hilário de Poitiers e Lactâncio. Nas palavras desse último, "a liberdade escolheu morar na religião. Pois nada é tanto matéria do livre arbítrio como a religião, e a ninguém se pode exigir que adore o que ele não quer adorar". Posteriormente, porém, a vitória decisiva do pensamento de Santo Agostinho – para quem seria justificado usar da coação contra hereges – e a condição sobranceira alcançada pela Igreja Romana acabaram reduzindo seu apelo por uma liberdade religiosa. As referências e o trecho transcrito foram extraídos de TIERNEY, Brian. Religious rights, cit., p. 20.

[42] HÄBERLE, Peter. O fundamentalismo como desafio do Estado constitucional: considerações a partir da Ciência do Direito e da cultura. *Direito Público*, v. 11, n. 62, p. 58-80, mar./abr. 2015, p. 61. A partir de então, as perseguições se voltaram contra os não-cristãos (TIERNEY, Brian. Religious rights, cit., p. 20). Vale observar, no entanto, que ao remover as restrições impostas ao cristianismo com o Édito de Milão (313 E.C.), o imperador Constantino garantiu também "a outras religiões o direito de observância aberta e livre de sua devoção", a fim de que "cada um possa ter a livre oportunidade de adorar como preferir" (GALERIUS and Constantine: Edicts of Toleration 311/313. In: HALSALL, Paul (Ed.). *Internet History Sourcebook Project*. Disponível em <http://www.fordham.edu/halsall/source/edict-milan.asp>. Acesso em: 6 maio 2012). De início, portanto, a tolerância com o cristianismo alcançou também as demais religiões.

[43] Uma das consequências da adoção do cristianismo foi "o surgimento de normas imperiais a respeito da religião e o desenvolvimento do direito canônico da igreja" (DOE, Norman. *Law and religion in Europe:* a comparative introduction. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 5).

[44] BLEI, Karel. *Freedom of religion:* Europe's history. Assen: Van Gorcun, 2002, p. 42. Nessa qualidade, competia aos imperadores bizantinos convocar e presidir concílios, confirmar suas decisões e defender a fé das heresias, inclusive para definir o que constituía ou não o pensamento "desviante". Sua autoridade, assim, alcançava até o plano doutrinário (FERRARI, Silvio. Cesaropapismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 3. ed. v. 1. Brasília: Universidade de Brasília; Linha Gráfica Editora, 1991, pp. 162-163). O Cisma do Oriente já começava a se insinuar e, depois de deflagrado, o cesaropapismo continuaria a viger nas relações entre as Igrejas Ortodoxas e os Estados onde tinha maioria. Na

Ocidente, que veria o Império Romano cair, teria um destino completamente diverso, com a Igreja e os novos reinos bárbaros lutando para consolidar suas situações e evitar a submissão ao imperador oriental[45]. Não é por outra razão que se podem afirmar a fundação e a consolidação dos reinos germânicos, com o fim do Império do Ocidente, como outros dos fatores relevantes para a separação entre a religião e o poder político[46].

1.1.2 Idade Média

Com os cristãos dispersos em reinos diferentes, a consecução dos fins universais da Igreja não poderia mais depender de uma estrutura política única à qual ela pudesse se integrar. Ademais, a experiência sob os bizantinos recomendava que novas posturas fossem adotadas, a fim de que os reis e imperadores ocidentais não se impusessem sobre o papado. Tornou-se, assim, necessário e conveniente que houvesse uma separação estrutural, ainda que relativa, entre o aparato da Igreja e o dos reinos europeus.

Assim é que a Idade Média se destacou pelo embate entre dois poderes, o *sacerdotium* e o *imperium*. Do ponto de vista doutrinário, a separação entre o espaço da Igreja e o espaço da política foi sustentada pela chamada *doutrina das duas espadas*, desenvolvida pela Igreja Católica, segundo a qual o mundo se submeteria a duas autoridades: o poder temporal, dos imperadores e dos reis; e o poder espiritual, da Igreja, presentada pelo papa[47]. Difícil era regular as relações entre as duas "espadas": a distinção "infinita" entre as esferas temporal e espiritual convivia ambiguamente com uma grande impregnação de um no outro, sob uma inegável

---

Rússia Imperial, por exemplo, substituiu-se o Patriarcado que regia a Igreja por um Santo Sínodo Governativo, sob controle direto do czar, que nomeava um supervisor (*Overprokuror*) para administrá-lo (POSPIELOVSKY, Dimitry. *The Orthodox Church in the history of Russia*. Crestwood: St. Vladimir's Seminary Press, 1998, p. 111).

[45] A solução encontrada foi uma aliança estratégica firmada com o Reino dos Francos, que cedeu à Igreja um território próprio na Itália (Patrimônio de São Pedro) em troca da confirmação, pela bênção, da legitimidade do seu poder. A aliança foi reforçada quando o papa coroou o rei Carlos Magno como Imperador dos Romanos – ato que bem destacou a ambiguidade das relações entre a Igreja e as novas autoridades seculares: por um lado, simbolizou certa subordinação dos reinos terrenos à Igreja, que, afinal, avocou para si o poder de nomear governantes seculares; por outro, fez com que Carlos Magno e seus sucessores se acreditassem dotados dos mesmos poderes de seus correspondentes bizantinos e, com isso, autorizados a interferir em questões como a investidura dos bispos, inclusive do papa. Sobre a relação entre o papa e os francos, e o papel de Carlos Magno em relação à Igreja, v. AMON, Karl. Idade Média. In: LENZENWEGER, Josef et al. (Eds.). *História da Igreja Católica*. São Paulo: Loyola, 2006, pp. 120-121.

[46] Destacando os diferentes caminhos entre o Ocidente e o Oriente nesta matéria, v. NAY, Olivier. *História das ideias políticas*. Petrópolis: Vozes, 2007, p. 72.

[47] BLEI, Karel. *Freedom of religion*, cit., p. 40.

supremacia (doutrinária) da Igreja[48].

Dessa forma, embora se defendesse a distinção entre *sacerdotium* e *imperium*, a influência do primeiro sobre o segundo demonstrava que, para o clero, a política não deveria ser imune à religião: era dever do príncipe cristão proteger a fé e a Igreja contra a blasfêmia e a heresia. Do ponto de vista filosófico e teológico, o grande marco na matéria foi a obra de Santo Agostinho, para quem caberia a cada crente agir, não apenas no sentido da própria salvação, mas também para a glória de Deus, por meio do triunfo da Igreja. Mais do que as vicissitudes dos governos dos homens, a exaltação do Criador se imporia como um dever para a comunidade dos cristãos[49]. Mas não se liberavam os fiéis do cumprimento de leis iníquas ou contrárias às Escrituras – ao contrário, os governos terrenos deveriam ser obedecidos, na medida em que, como tudo o que existe, seriam frutos da vontade divina[50]. Sem dúvida, porém, o ideal era a conformação das leis humanas à lei de Deus[51], devendo o príncipe cristão usar seus meios em proveito da fé, funcionando como o braço secular da Igreja: embora ninguém pudesse constranger outrem ao amor e à crença, competiria às autoridades temporais lutar contra as heresias e os cismas, sancionando os ataques à existência, à unidade e ao desenvolvimento da Igreja, e até encaminhar os desviantes ao caminho da fé verdadeira (*compelle intrare*)[52].

A centralidade do pensamento agostiniano foi absoluta durante boa parte da Idade Média. Sua autoridade só começou a ser contrabalançada com São Tomás de Aquino, grande responsável pelo resgate do direito natural aristotélico. Tomás afirmava ser possível extrair da natureza do homem – *i.e.*, dos fins que conduzem as atividades humanas a bom termo – diretrizes que deveriam reger sua conduta. Com isso, ele não negava a supremacia da vontade de Deus, mas considerava que a natureza humana em si, como criação divina, incorporaria certos desígnios de Deus[53]. Seguindo claramente Aristóteles, o autor sustentava que uma das inclinações naturais do homem seria justamente a socialização, o que tornaria indispensável a

---

[48] NAY, Olivier. *História das ideias políticas*, cit., pp. 73 e 83-95.

[49] CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000, p. 29.

[50] VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, pp. 91-106.

[51] *Ibid.*, p. 101.

[52] *Ibid.*, pp. 107-108.

[53] Daí ser possível até a um pagão definir corretamente determinados preceitos: a verdade poderia ser alcançada não só pela iluminação e pela graça, mas também pela razão, a que toda pessoa teria acesso e que lhe permitiria, a partir do exame de sua essência, extrair normas de direito natural. A Revelação, portanto, confirmaria as respostas encontradas ou viria em auxílio às inteligências enfraquecidas. V. VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, cit., p. 156.

existência de uma autoridade secular, voltada à distribuição dos bens terrenos. Preocupados com a salvação da alma, os Evangelhos não cuidariam dessa matéria, que se sujeitaria, assim, à razão humana[54]. Em suma: Deus teria criado a autoridade ao fazer do homem naturalmente gregário, mas nada haveria previsto quanto a quem deveria governar ou como deveria fazê-lo. Ao naturalizar as relações temporais de poder, Tomás se colocou como o grande precursor da separação entre a religião e o poder político, embora não tenha chegado a defender uma tese tão revolucionária. Os príncipes seculares não existiriam por vontade da Igreja, mas por força do direito natural; ainda assim, no entanto, deveriam colaborar com a repressão das heresias e se aterem aos dogmas religiosos – o povo cristão estaria desobrigado de obedecer a príncipes heréticos, cismáticos ou excomungados[55].

Mas a Igreja não estava imune aos embates e às influências das autoridades temporais, que jamais renunciaram à pretensão de controlar tudo o que se passava em seus territórios, inclusive questões eclesiásticas. A incorporação da gramática religiosa na legitimação dos novos reinos conduziu à compreensão dos monarcas como "eleitos por Deus" e, por isso, até mesmo dotados de poderes de cura[56]. Assim, além de afirmar a supremacia do papa sobre os príncipes seculares, a doutrina das duas espadas precisou ser usada também para justificar um espaço de autonomia para a Igreja, para quem a ingerência do poder secular nas atividades religiosas poderia corromper seu mandato espiritual. Se Cristo liberta os cristãos, impedi-los de seguir o caminho da salvação – interpretado pela Igreja – seria pôr fim a sua liberdade. Tudo se resumia à tutela da verdade, tal como enunciada pelas autoridades eclesiásticas[57].

Assim a Igreja Católica começou a defender a chamada *libertas ecclesiae*, que não é uma liberdade individual, mas uma proteção da própria Igreja em face do poder político: em

---

[54] CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das idéias políticas*, cit., pp. 32-33.

[55] VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, cit., p. 161 e ss.

[56] Sobre os "reis taumaturgos" e a reivindicação pelos imperadores ocidentais da condição de "vigários de Cristo", v. NAY, Olivier. *História das ideias políticas*, cit., p. 83 e ss.

[57] A *libertas ecclesiae* se desenvolveu no contexto da Reforma Gregoriana, no século XI. Embora a ideologia medieval fosse fundamentalmente religiosa – o cristianismo fornecia o fundamento de legitimidade das relações de poder experimentadas à época –, a Igreja se submetia, por herança dos Impérios Romano e Bizantino, à tutela das autoridades temporais. Com o enfraquecimento dos reis e imperadores, e o fortalecimento dos senhores feudais, a Igreja de Roma se viu diante da possibilidade e até da necessidade de se afirmar como titular de um poder (*potestas*) próprio. Para tanto, a hierarquia eclesiástica progressivamente se separou do mundo temporal, procurando associar-se ao "Reino de Cristo" ou à "Cidade de Deus": as fronteiras entre o clero e os leigos foram definidas com maior precisão e defendeu-se a jurisdição exclusiva da Sé romana sobre as igrejas locais. A Igreja procurava se unificar institucionalmente – o que se fez na figura do papa – e, ao mesmo tempo, distinguir-se do universo temporal como a única via para salvação (*extra ecclesiam nulla salus*) e fonte da autoridade legítima (*omnis potestas a Deo*). Com isso, mais do que se afastar da tutela secular, a hierarquia religiosa tentava se colocar acima dos governos civis. V. GOMES, Francisco José Silva. A Cristandade medieval entre o mito e a utopia. *Topoi*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 5, pp. 221-231, dez. 2000.

seus assuntos internos, cabia apenas a ela decidir, livre da ingerência dos poderes temporais[58]. Essa ideia consolidou uma situação complexa, de grande interesse para o tema deste estudo. Rejeitando a tutela das autoridades seculares, a Igreja Romana se colocou em patamar de igualdade (ou até de superioridade) em relação ao Estado, considerado como instituição. Não seria novidade alguma dizer que o pluralismo jurídico, a multiplicação das fontes do direito, foi uma das marcas da Era Medieval, em particular quando comparada com a centralização do poder observada a partir do absolutismo. No entanto, com a *libertas ecclesiae*, a Igreja não sustentava seu poder em forais, benefícios ou outras espécies de contratos tipicamente feudais e, por isso, privados e mundanos; mais que isso, ela reivindicava uma legitimação autônoma, externa ao Estado, qualquer que fosse sua forma, seu regime ou seu governante. Na defesa de sua autonomia em temas doutrinários e eclesiásticos, a Igreja excluía esses mesmos assuntos da competência do Estado e, assim, inaugurava o embrião da concepção moderna de limitação do poder político: nem tudo se sujeita ao controle do Estado; em certos domínios, sua interferência é injusta e indevida.

Ainda assim, porém, seria um grave exagero encontrar nessa doutrina as raízes filosóficas da moderna liberdade religiosa[59]. A *libertas ecclesiae* correspondia a uma doutrina intrarreligiosa e singular, que buscava seus fundamentos internamente, no vocabulário próprio do cristianismo, e se dirigia apenas à Igreja Católica, por um mandato divino. A ninguém ocorreria imaginar que uma organização de pagãos ou de hereges pudesse gozar da mesma autonomia, pois a liberdade da Igreja se sustentava na sua autocompreensão como porta-voz da verdade revelada[60].

1.1.3 Idade Moderna

[58] TIERNEY, Brian. Religious rights, cit., p. 24.

[59] Até porque, embora nunca tenha desaparecido integralmente, essa defesa da autonomia se enfraqueceu bastante com a formação dos Estados Nacionais, que tornaram a concentrar importantes funções de tutela das igrejas locais, com a aquiescência de Roma. Confrontada com seus próprios problemas territoriais, uma Igreja dividida entre sua supremacia espiritual e a manutenção de seus domínios temporais por vezes considerou necessário ou conveniente ceder na primeira para garantir os segundos. Assim é que a consolidação dos Estados Nacionais veio acompanhada de um enorme controle dos reis sobre as igrejas locais, como se verificou no padroado ibérico. V. CASANOVA, José. A globalização do Catolicismo e o retorno a uma Igreja Universal, *REVER: Revista de Estudos da Religião*, São Paulo, v. 10, n. 4, pp. 17-45, out./dez. 2010.

[60] MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva:* dos direitos da verdade aos direitos do cidadão. Coimbra: Coimbra, 1996 (Stvdia Ivridica 18), pp. 34-35.

A Modernidade viu surgir o Estado Nacional como grande sujeito da política, opondo o absolutismo real às pretensões universais do Sacro Império e da Igreja de Roma, e à nobreza feudal. Sob a perspectiva institucional, a concentração do poder nas mãos dos reis resultou, de um lado, da afirmação dos novos Estados como *superiorem non recognoscentes*, sendo o rei, "imperador no seu reino" (*rex in regno suo imperator*) e, de outro, da paulatina subordinação da nobreza, com a substituição das relações pessoais típicas do feudalismo pela submissão geral e impessoal ao monarca[61].

Outro elemento fundamental da Modernidade foi a Reforma Protestante. Até então, a Igreja Católica detivera o monopólio da interpretação das Escrituras e, consequentemente, da verdade revelada. Apesar de constituir uma autoridade religiosa, a Igreja jamais deixou de ser um ator político e, nessa qualidade, seus interesses e alianças acabavam se chocando, por vezes, com os de outros príncipes[62]. Ao fragilizarem a pretensão de universalidade da Igreja, denunciarem seus abusos e multiplicarem as interpretações das Escrituras[63], os reformadores abriram aos príncipes a possibilidade de retirarem-se da influência de Roma. A um só tempo, a consolidação da Reforma reforçou o absolutismo, permitindo o rompimento completo dos laços com a Igreja Romana[64], e fragilizou as bases religiosas da legitimidade dos governos, já que Estados de diferentes confissões foram forçados a se reconhecer no plano político e até a entabular alianças (como a celebrada entre Portugal e Inglaterra).

Vale registrar, porém, que a Reforma não produziu, como efeito imediato, um espaço de tolerância e de liberdade religiosa[65]. Apropriada pelos príncipes locais, ela também serviu à

---

[61] SALDANHA, Nelson. *Secularização e democracia*, cit., p. 53. O Estado moderno se construiu historicamente sobre um paradoxo, na medida em que a personalização do reino na figura do rei correspondeu a uma desindividualização da dignidade real. O rei – como diria Luís XIV da França – era o Estado. V. TORRES, João Carlos Brum. *Figuras do Estado moderno:* representação política no Ocidente. São Paulo: Brasiliense, 1989, p. 89 e ss.

[62] Um exemplo bastante evidente do que se acaba de dizer foi a divisão do Novo Mundo entre Portugal e Espanha pela bula *Inter Coetera*, de 1493, que provocou a indignação de outras potências europeias.

[63] GRIMM, Dieter. Política e direito. In: *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 6.

[64] E, no Sacro Império, o enfraquecimento do poder do imperador católico.

[65] Apontando que, embora líderes reformadores tenham defendido alguma tolerância, muitos se abstiveram de aplicar essa ideia quando se consolidaram suas novas comunidades religiosas, v. PÁSZTORI-KUPÁN, István. Invocation of biblical authority in a secular decision: the theocratic relevance of the Torda Edict (1568). *Református Szemle*, v. 101, p. 677-699, 2008. Os principais autores da Reforma, Lutero e Calvino, consideravam também – como Santo Agostinho – que os príncipes cristãos deveriam funcionar como um braço secular da Igreja e, se destacavam, por um lado, a relativa desimportância das coisas terrenas, de que se ocupavam as autoridades civis; apontavam, por outro, o dever de obediência dos crentes ao governo, já que todo poder viria de Deus. Sobre o ponto, v. LUTERO, Martim. *Ética cristã*. São Leopoldo: Sinodal; Porto Alegre: Concórdia, 1999, pp. 117-118; LUTHER, Martin. *On secular authority:* how far should it be obeyed. Disponível em: <http://www.etsu.edu/cas/history/documents/secauth.htm>. Acesso em: 11 jun. 2012; CALVIN, John. Institutes of the Christian religion. Disponível em: <http://www.reformed.org/master/index.html?mainframe=/books/institutes/>. Acesso em: 2 jun. 2012.

afirmação do seu próprio poder, no qual as novas confissões confiavam para sua proteção[66]. Verificou-se, assim, uma supremacia de fato da espada temporal sobre a espada espiritual. Isso foi observado também nos países católicos, onde, em troca do apoio à Contrarreforma e à expansão do catolicismo para o Novo Mundo, formou-se um modelo de relação Estado-Igreja que era intermediário entre o cesaropapismo e a teocracia: o *regalismo* ou *jurisdicionalismo*, em que as autoridades temporais assumem boa parte do controle sobre as Igrejas dos seus territórios[67-68]. Essas concessões serviam a ambos os lados, garantindo aos reis a legitimidade tradicional e assegurando à Igreja o apoio do Estado contra as "heresias" protestantes[69].

Aqui se insere a Inquisição que, nos países católicos, se consolidou como instituição vinculada, a um só tempo, à Igreja e ao Estado, como prova viva do jurisdicionalismo[70]. Em Portugal, a Inquisição foi criada em 1536, pelo papa Paulo III, após solicitação do rei D. João III. Os inquisidores assumiram tarefas até então designadas aos bispos, o que exigiu uma acomodação das demais autoridades religiosas[71]. A Inquisição se enquadra perfeitamente em

---

[66] V. NAY, Olivier. *História das ideias políticas*, cit., p. 188. Não à toa, o rompimento da Inglaterra com a Igreja Católica foi veiculado por um *Ato de Supremacia*, que alçou o monarca à condição de governante supremo de todas as questões, políticas ou religiosas. Situação semelhante – mas não tão intensa – se verificou também nos Estados luteranos, onde o príncipe era considerado, por sua Igreja, como *summus episcopus* – *i.e.*, bispo supremo –, máxima autoridade eclesiástica no seu domínio. V. TILLICH, Paul. *Theology of culture*. Oxford: Oxford University Press, 1959, p. 179.

[67] SALVATORELLI, Luigi. Jurisdicionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Orgs.), *Dicionário de Política*. 3. ed. v. 1. Brasília: UnB; Linha Gráfica, 1991, p. 655.

[68] Portugal e Espanha obtiveram junto à Santa Sé direitos especiais sobre a Igreja, condensados nas figuras do *grão-mestrado de ordens religiosas*, do *padroado* e da *placitação:* assumindo a chefia vitalícia e hereditária de ordens religiosas (como a Ordem de Cristo, em Portugal), os monarcas associavam a suas expedições um caráter religioso, responsabilizando-se pela construção de templos, pela remuneração dos sacerdotes e pelo apoio das atividades missionárias, em troca dos poderes de nomear bispos e de conceder (ou negar) seu beneplácito às determinações da Igreja para que produzissem efeitos nos seus territórios, além do direito de auferir rendas eclesiásticas e receber o dízimo dos fiéis (LIMA, Maurilio Cezar de, Mons. *Breve história da Igreja no Brasil*. Rio de Janeiro: Restauro, 2001, p. 23; *Id.*, *Introdução à história do direito canônico*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1999, p. 269). Já na França, a supremacia das autoridades seculares foi fruto do *galicanismo*, movimento de contestação do poder dos papas, apoiado pelo rei, que levou à absorção da Igreja da França pela burocracia estatal (ZINNHOBLER, Rudolf. Idade Moderna. In: LENZENWEGER, Josef et al. (Eds.). *História da Igreja Católica*, cit., p. 262).

[69] As relações de Portugal com a Igreja são comentadas também por ABREU, J. Capistrano de. *Capítulos de história colonial:* 1500-1800. 7. ed. rev., anot. e pref. por José Honório Rodrigues. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1988, pp. 55-56.

[70] Em 1482, o papa Sixto IV criticou a Inquisição por perseguir mais a ganância que a salvação das almas, tendo condenado verdadeiros cristãos com base no falso testemunho de seus inimigos. Ele impôs uma série de exigências procedimentais a serem obedecidas, mas estas parecem ter sido ignoradas pelos inquisidores. A importância da instituição para a consolidação do Estado espanhol resta evidente não só na postura da Cúria – que tentou freá-la –, mas na reação da Corte: afirmando que as algumas pessoas teriam influenciado os papas Sisto IV e Inocente VIII a editarem, contra a Inquisição, bulas que seriam, a seu ver, ofensivas à fé, os Reis Católicos ordenaram que qualquer pessoa de posse de tais atos papais fosse presa e os documentos, enviados para seu exame. V. ROTH, Norman. *Conversos, Inquisition, and the expulsion of the Jews from Spain*. Madison: The University of Wisconsin Press, 2002, p. 257.

[71] PAIVA, José Pedro. *Baluartes da fé e da disciplina:* o enlace entre a Inquisição e os bispos em Portugal (1536-

um contexto mais amplo, em que a ligação entre a política e a religião levou a que a defesa da pureza doutrinária servisse como instrumento de uniformização e coesão da sociedade sob o poder secular[72].

Alinhadas as religiões aos Estados, não surpreende que as perseguições religiosas fossem comuns – notadamente quando a conversão era associada à infidelidade à autoridade civil ou à lealdade a potências estrangeiras. A situação se tornou particularmente insustentável no Sacro Império, onde as Guerras Religiosas cobraram um preço mais elevado. O imperador católico – defensor da Igreja de Roma – era forçado a lidar com a progressiva conversão de príncipes ao protestantismo, dentro e em torno do seu território. A única solução encontrada foi o compromisso: com a Paz de Augsburgo (1555) e a Paz da Vestfália (1648), consagrou-se o princípio *cuius regio, eius religio*, que, embora tenha afirmado, por um lado, a religião como questão interna dos Estados, criou, de outro, um império multiconfessional[73], no qual cultos católicos, luteranos ou calvinistas poderiam ser livremente exercidos, ao menos nas cidades sujeitas ao direto controle do imperador[74]. A liberdade religiosa ainda não existia integralmente, mas já começava a se insinuar[75]. Para superar as guerras confessionais e se adequar a um mundo em frequente mudança, tornou-se indispensável que o Estado se emancipasse da ordem anterior, colocando-se acima da disputa acerca da verdade teológica[76]. A situação do Sacro Império prenunciava o futuro dos países europeus e americanos, que já se viam diante de um crescente pluralismo religioso. Assim é que uma série de medidas de tolerância foram tomadas, ainda que não abrangessem todos os cultos – católicos e judeus eram, em geral, excluídos[77].

1750). Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 15.

[72] *Ibid.*, p. 261. Não há certeza quanto aos números, mas há quem aponte que, em trinta e seis anos, a Inquisição Espanhola teria condenado quase duzentas mil pessoas a várias penas. V. M'CRIE, Thomas. *The Reformation in Spain*. Rapidan: Hartland, 1999, p. 66. Fazendo referência a estudos críticos, baseados na ineficiência da Inquisição e na efetiva punição de poucos dentre os condenados, v. VIDMAR, John, OP. *The Catholic Church through the ages:* a history. Mahwah: Paulist, 2005, p. 152.

[73] Curioso observar que, enquanto o Império passou a conviver com diversas denominações, pouco tempo depois da Paz da Vestfália, o rei Luís XIV da França revogou o Édito de Nantes, que concedera uma série de direitos aos calvinistas franceses (huguenotes). O Édito fora assinado por Henrique IV – ele próprio um protestante, convertido ao catolicismo para assumir o trono.

[74] ZINNHOBLER, Rudolf. Idade Moderna. In: LENZENWEGER, Josef et al. (Eds.). *História da Igreja Católica*, cit., pp. 223-224 e 251-252. Mas a união não durou muito: tendo perdido a referência eclesiástica que justificava sua existência, o Império se tornou uma simples confederação com autoridade nominal, que se desintegrou formalmente um século e meio depois.

[75] Uma das primeiras manifestações de uma liberdade religiosa foi o direito de emigração, reconhecido pela Paz da Vestfália a qualquer pessoa que divergisse das orientações religiosas do príncipe local. V. ISHAY, Micheline R. *The history of human rights:* from ancient times to the globalization era. Berkeley; Los Angeles: University of California Press, 2008, pp. 77-78.

[76] GRIMM, Dieter. Política e direito, cit., pp. 6-7.

[77] Caso do *Toleration Act* (1689), editado pela Inglaterra. Mencionando esse e outros documentos, v.

Seja como for, a Reforma retomou o caminho da secularização que, iniciado com o judaísmo, havia sido interrompido pelo catolicismo. O caráter radicalmente transcendente da divindade judaica – situada fora do cosmos e imune a manipulações mágicas –, associado, entre outros elementos, à sua característica racionalização ética da vida, contribuía para retirar do mundo humano o "encantamento" observado em outros contextos. A doutrina católica dera um passo atrás nessa trajetória, ao repovoar o mundo com anjos e santos, e incorporar aos rituais milagres cotidianos (*e.g.*, a eucaristia). Ao menos nas suas linhas tradicionais, o protestantismo rompeu com isso, radicalizando a transcendência de Deus e eliminando a rede de santos intercessores e os aspectos mágicos das celebrações[78].

Por evidente, a ideia dos reformadores não era minimizar a importância da religião; ao contrário, tratava-se de uma ampla reforma do cristianismo – dentro e fora do catolicismo –, que buscava acabar com o abismo entre as religiões da elite e da massa, promovendo uma elevação espiritual de toda a sociedade[79]. Nas denominações protestantes, isso teve uma expressão mais intensa. O fim da distinção clero/fiéis impôs a todos um dever estrito de observância da ética cristã, cabendo a todos honrar a Deus inclusive nas atividades do dia a dia. Por um lado, isso conduziu à supressão tendencial da distinção sagrado/profano, já que o mundo humano passou a ser um espaço de glorificação de Deus. Por outro lado, porém, a elevação desse universo humano, associada à exclusão dos milagres da vida cotidiana, abriu espaço para o livre desenvolvimento das Ciências e para uma reabilitação da agência humana. Afinal, embora tenha criado o mundo, o Deus transcendente o deixa operando segundo as leis que fixou e que as pessoas podem descobrir e, em alguma medida, moldar[80]. Naturalmente, sempre houve embates entre o pensamento racional não religioso e as confissões cristãs, inclusive protestantes. Mas não se pode ignorar o papel da Reforma na reabilitação da razão individual e na consolidação de uma concepção de ordem (natural e social) encontrada *no* mundo, e não a partir de uma referência extramundana.

HABERMAS, Jürgen. A tolerância religiosa como precursora dos direitos culturais. In: *Entre naturalismo e religião:* estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 279.

[78] BERGER, Peter L. *O dossel sagrado:* elementos para uma teoria sociológica da religião. Tradução de José Carlos Barcellos. São Paulo: Paulus, 1985 [9. reimp. 2013], p. 124 e ss.

[79] TAYLOR, Charles. *Uma era secular*. Tradução de Nélio Schneider e Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2010, p. 83 e ss.

[80] *Ibid.*, p. 103 e ss.

1.1.4 Idade Contemporânea

Embora, por convenção, Revolução Francesa seja o marco da Idade Contemporânea, é impossível ignorar as influências recíprocas entre ela e as demais Revoluções Liberais, em particular a Americana, no que se refere às relações entre o Estado e a religião. Sendo anterior à Francesa e, hoje, bem mais influente nesta matéria, convém iniciar o exame pela Revolução Americana.

A grande autonomia das Treze Colônias[81] e a circunstância de que muitos dos seus habitantes haviam fugido para a América para escapar de perseguições religiosas não foram suficientes para fazer com que a liberdade de consciência fosse prestigiada no sistema colonial. Muitas das denominações perseguidas na Europa se instituíram como ortodoxia no Novo Mundo e passaram a fazer suas próprias "caças às bruxas" – o que parece confirmar o "princípio" de Montesquieu de que "toda a religião que é reprimida torna-se ela própria repressora"[82]. Não surpreende, assim, que a grande maior parte das colônias tenha definido religiões oficiais[83]. Quando presente, a tolerância religiosa alcançava geralmente apenas os cristãos, excluindo os católicos. Uma rara exceção foi a colônia de Rhode Island que, por inspiração de seu fundador, Roger Williams, fruiu de uma amplíssima liberdade religiosa[84], prevista já na carta-patente da colônia[85].

---

[81] V. CONLIN, Joseph R. *The American past:* a survey of American history. 9th ed. Boston: Wadsworth, 2012, p. 56; PURVIS, Thomas L. *Colonial America to 1763*. New York: Facts on File, 1999, pp. 187-188. Em relação a suas colônias norte-americanas, a metrópole inglesa seguiu, em geral, uma política de *negligência salutar*, que lhes concedia grande autonomia. V. JENNINGS, Francis. *The creation of America:* through Revolution to Empire. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, pp. 47-50.

[82] MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *Do espírito das leis*. v 2. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012 (Saraiva de Bolso), p. 152 (Livro XXV, Cap. XV).

[83] Ao menos em parcelas do seu território, a maioria das colônias financiava e apoiava a Igreja Anglicana (Nova York, Geórgia, Carolina do Norte, Carolina do Sul, Virgínia e Maryland) ou Igrejas Congregacionais (Massachussetts, New Hampshire e Connecticut). Apenas Rhode Island, Pensilvânia, Delaware e Nova Jersey nunca tiveram uma "igreja estabelecida". V. NUSSBAUM, Martha. *Liberty of conscience:* in defense of America's tradition of religious equality. New York: Basic Books, 2008, pp. 84-85; PURVIS, Thomas L. *Op. cit.*, pp. 178-179 e 183.

[84] Mesmo Rhode Island, porém, acabou retirando dos judeus, por não serem cristãos, o exercício dos direitos políticos (no século XVIII). V. PURVIS, Thomas L. *Op. cit.*, p. 179.

[85] O documento é interessante a ponto de justificar sua reprodução parcial: "Consideramos, portanto, adequado, e ora publicamos, concedemos, ordenamos e declaramos, Que nossa real vontade e prazer é, que nenhuma pessoa dentro da mencionada colônia, em qualquer tempo doravante, seja de qualquer forma molestado, punido, perturbado ou questionado, por quaisquer diferenças de opinião em matérias de religião, e [desde que] não perturbe efetivamente a paz civil de nossa mencionada colônia; mas que toda e qualquer pessoa ou pessoas podem, de tempos em tempos, e em todos os tempos doravante, ter e fruir livre e completamente de seus próprios juízos e consciências, em matérias de questões religiosas [...]; em se comportando pacífica e tranquilamente, e não usando essa liberdade para a licenciosidade ou a profanidade, nem para o dano civil ou a externa perturbação de outros;

O primeiro grande documento a consagrar a liberdade religiosa foi a *Declaração de Direitos da Virgínia*, editada em 1776, às vésperas da Independência dos EUA. Em sua seção nº 16, ela previa[86]:

> A religião, ou a obrigação que devemos a nosso Criador, e a forma de cumpri-la, só pode ser dirigida pela razão e convicção, e não pela força ou violência; portanto todos os homens têm igualmente o direito ao livre exercício da religião, de acordo com os ditames da consciência; e é o dever recíproco de todos praticar a tolerância, o amor e a caridade cristãos para com os demais.

A *Declaração de Independência*, por sua vez, não tratou especificamente do tema, mas manteve a tônica nas iguais liberdades de todos ao afirmar como verdades autoevidentes "que todos os homens são criados iguais, dotados por seu Criador de Direitos inalienáveis, que dentre estes estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade" e que, "para assegurar esses direitos, Governos são instituídos entre os Homens, derivando seus legítimos poderes do consentimento dos governados"[87].

No plano estadual, as religiões oficiais continuaram existindo, ainda que apenas por meio da exigência de juramentos religiosos, exigidos para fins variados, que envolviam desde a assunção de cargos públicos até o ingresso em universidades. A ausência de uma carta de direitos oponível aos Estados tornava viável esse tipo de postura, já muito combatida à época. Situação diversa vivia o recém-criado ente central do federalismo norte-americano: além de não fazer qualquer referência a Deus, a Constituição proibiu, desde o início, que testes ou juramentos religiosos fossem impostos como requisitos para a ocupação de cargos ou o exercício de funções públicas federais[88]. O ponto foi reforçado pela 1ª Emenda à Constituição dos EUA, parte da *Bill of Rights*, que proibiu o Congresso de editar leis relativas ao estabelecimento de religiões ou de vedar seu livre exercício[89]. A abertura dessas disposições, contudo, deixou ao Poder Judiciário a tarefa de concretizá-las, sem encerrá-las em fórmulas

não prevalecendo qualquer lei, estatuto ou cláusula, neles presente, ou a ser incluída, uso ou costume deste reino [que disponha] em contrário" (Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/17th_century/ri04.asp>. Acesso em: 12 maio 2012).

[86] VIRGINIA (EUA). *The Virginia Declaration of Rights* (1776). Disponível em: <https://goo.gl/ncrJJ8>. Acesso em: 30 dez. 2016.

[87] ESTADOS UNIDOS. *Declaration of Independence* (1776). Disponível em: <https://goo.gl/34ZeO8>. Acesso em: 30 dez. 2016.

[88] ESTADOS UNIDOS. Constituição (1787), art. 6º, § 3º, parte final: "nenhum teste religioso jamais será exigido como qualificação para qualquer cargo ou função pública dos Estados Unidos".

[89] ESTADOS UNIDOS. 1ª Emenda à Constituição (1791): "O Congresso não editará qualquer lei relativa ao estabelecimento de religião, ou proibindo seu livre exercício (…)".

rígidas[90]. Em uma sociedade muito religiosa, na qual o protestantismo era absolutamente predominante – o que se reproduziu na Convenção Constitucional –, a opção pela laicidade (em âmbito federal) não pode ser imputada a um sentimento de hostilidade ou indiferença em relação à religião ou ao cristianismo[91].

Embora essas normas não se estendessem aos Estados[92], a mentalidade acabou se disseminando e muitos acabaram prevendo a liberdade religiosa em suas Constituições, sendo gradualmente extinto o apoio oficial a denominações particulares[93]. Limitações externas aos Estados vieram, fundamentalmente, após a Guerra de Secessão, com a 14ª Emenda à Constituição dos EUA[94]. A interpretação do diploma é controvertida, em particular quanto aos direitos que ela pretende proteger, e em que medida o faz, em face das autoridades estaduais. Seja como for, já no século XX se passou a reconhecer que a Emenda havia incorporado – *i.e.*, tornando oponíveis aos Estados – uma série de disposições presentes na *Bill of Rights*, dentre os quais a liberdade religiosa[95] e a proibição ao estabelecimento de religiões[96]. Certas limitações, porém, demoraram a ser superadas: só em 1961, por força de decisão da Suprema Corte, foi derrubada a exigência da crença em Deus como condição para assunção de cargos públicos no Estado de Nova Jersey[97].

Oferecendo uma via já experimentada e vitoriosa, a ideologia liberal encontrou na

---

[90] TRIBE, Lawrence H. *American Constitutional Law*. 2nd ed. Mineola: The Foundation Press, 1988, pp. 1.155-1.156.

[91] MARTY, Mark G. *God in public:* four ways American Christianity and public life relate. Louisville: Westminster John Knox, 2006, pp. 4-11. Como aponta o autor, o caráter secular da Constituição dificultou a sua ratificação em alguns lugares e ainda inspirou cinco tentativas (a última delas em 1954) de inserir no documento uma referência a Deus por meio de uma emenda constitucional.

[92] *Permoli v. New Orleans*, 44 U.S. (3 How.) 589, 609 (1845): "A Constituição não estabelece qualquer disposição que proteja os cidadãos de seus respectivos Estados quanto a suas liberdades religiosas; isso é deixado para as constituições estaduais e as leis: tampouco há qualquer restrição imposta aos Estados nessa matéria pela Constituição dos Estados Unidos".

[93] Quando da elaboração da Constituição dos EUA, apenas Connecticut ainda afirmava preferência por uma denominação específica, embora o estabelecimento do protestantismo em geral ainda predominasse em alguns lugares. V. NUSSBAUM, Martha, *Liberty of conscience*, cit., pp. 84-85. Segundo Michael J. Sandel, à época da adoção da *Bill of Rights*, seis dos treze Estados tinham religiões oficiais e, ao menos em parte, sua aprovação teve como objetivo preservar essa situação, impedindo a interferência das autoridades federais. V. SANDEL, Michael J. Religious liberty – Freedom of conscience or freedom of choice? *Utah Law Review*, n. 3, pp. 597-615, 1989, p. 600.

[94] ESTADOS UNIDOS. 14ª Emenda à Constituição (1868), seção nº 1: "[...] Nenhum Estado editará ou aplicará qualquer lei que limite os privilégios ou imunidades de cidadãos dos Estados Unidos; tampouco privará qualquer pessoa da vida, da liberdade, ou da propriedade, sem o devido processo legal; nem negará a qualquer pessoa sob sua autoridade [*jurisdiction*] a igual proteção das leis".

[95] *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940).

[96] *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).

[97] SANDEL, Michael J. Religious liberty, cit., p. 601.

França terreno fértil para ganhar o mundo como instrumento de propaganda revolucionária e alternativa às fontes tradicionais de legitimação. Assim é que o vulto da Revolução Francesa se fez sentir não só na Europa, mas em todo o planeta, animando lutas contra a opressão colonial[98]. O rompimento com a legitimação metafísica permitiu que a liberdade religiosa[99] fosse incluída *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*[100] e ainda abriu caminho para a emancipação dos judeus, posteriormente estendida a outros países[101]. Em 1790, uma lei – dirigida basicamente aos protestantes – reconheceu a nacionalidade de todos os que, sendo descendentes de franceses, haviam sido expatriados por razões religiosas.

Nada obstante, a relação entre a Revolução Francesa e a religião não admite excessiva simplificação. Além de se manterem associados aos símbolos católicos no primeiro momento, os revolucionários procuraram, antes de tudo, proclamar a sua soberania e foi nesse contexto que promoveram o primeiro ataque organizado pelo Estado contra o cristianismo desde o Império Romano[102]. Como se passava com o projeto iluminista como um todo[103], o problema era muito menos a fé do que a Igreja como instituição social e política e potência econômica: assim se compreendem os confiscos de terras da Igreja Católica e o fim das ordens religiosas. Ao invés de promover uma separação, os revolucionários tentaram – como já havia feito o Antigo Regime – transformar o clero em um braço do poder secular, instituindo um juramento de fidelidade à nação, a remuneração dos sacerdotes e bispos pelo erário público, e sua eleição pela população local (*constituição civil do clero*)[104]. O papa Pio VI interveio, condenando os valores revolucionários no breve *Quod aliquantum*, e a Igreja francesa se dividiu, sob perseguições e deportações[105].

---

[98] Mencionando a repercussão da Revolução Francesa sobre a América Latina, o Islã e até Bengala, v. HOBSBAWN, Eric J. *A Revolução Francesa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005, pp. 11-12. Daí apontar o autor um distintivo caráter "ecumênico" no movimento francês.

[99] Reconhecendo que a liberdade religiosa teve início com as Revoluções Liberais, v. SCAMPINI, José. A liberdade religiosa nas Constituições brasileiras (Estudo filosófico-jurídico comparado) – Primeira parte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 11, n. 41, pp. 161-203, jan./mar. 1974, p. 77.

[100] FRANÇA. *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789), art. 10: "Ninguém será molestado por suas opiniões, mesmo que religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela Lei". Disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>. Acesso em: 25 maio 2012.

[101] Para o historiador Eric Hobsbawm, a emancipação dos judeus na França foi um dos "mais extraordinários resultados internacionais" da Revolução (HOBSBAWM, Eric J. *A Revolução Francesa*, cit., p. 31).

[102] JOAS, Hans. *A sacralidade da pessoa:* nova genealogia dos direitos humanos. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo: Unesp, 2012, p. 27.

[103] EAGLETON, Terry. *A morte de Deus na cultura*, cit., p. 20 e ss.

[104] JOAS, Hans. *A sacralidade da pessoa*, cit., p. 29.

[105] ZINNHOBLER, Rudolf. Idade Moderna, cit., p. 267.

A reação de Roma demonstrou que seria inviável a ideia de "republicanizar" a Igreja, de modo que as autoridades revolucionárias passaram a se dedicar, então, à *descristianização* da própria sociedade, com a implantação de uma religião civil. Mas esta, em vez de promover os valores da tolerância e da liberdade, foi construída nos moldes das religiões das cidades antigas, adaptando o princípio absolutista *une foi, une loi, un roi* à exaltação do novo regime. Foram implantados cultos alternativos (*e.g.*, culto da Razão, do Ser Supremo), com novos rituais e símbolos (*e.g.*, Panteão, festas cívicas) e até a substituição do calendário gregoriano pelo republicano[106]. O radicalismo diminuiu com o tempo e uma reaproximação com a Igreja foi iniciada por Napoleão: firmou-se uma concordata que afirmou o catolicismo como a religião da maioria dos franceses e tentou encontrar um meio-termo para as relações entre as partes. Ao longo do século XIX, a França veio a reconhecer quatro religiões (catolicismo, protestantismo luterano, protestantismo reformado e judaísmo), cujas instituições tinham o *status* de "estabelecimentos públicos de culto", cabendo ao Estado manter sua estrutura e seu corpo sacerdotal[107].

Essa situação mudou com a *Lei de Separação entre a Igreja e o Estado* (1905), que coroou um movimento de laicização particularmente mais intenso no fim do século XIX, e ainda hoje é uma grande referência no país. Ela "desestatizou" os cultos reconhecidos e proibiu o Estado de subvencionar denominações religiosas, que passaram a assumir a forma de associações religiosas (*associations cultuelles*), dedicadas exclusivamente ao culto. Suas manifestações exteriores passaram a se sujeitar a leis municipais e suas reuniões se tornaram públicas e submetidas ao poder de polícia no "interesse da ordem pública"[108].

Nada obstante, a sedimentação do liberalismo e a expansão das atividades comerciais e industriais fizeram com que, ao lado dos demais direitos "naturais", a liberdade religiosa se expandisse consideravelmente no Ocidente[109]. Sem dúvida, tratou-se de um longo processo, iniciado já com o humanismo e o individualismo, progressivamente desenvolvidos desde a

---

[106] CATROGA, Fernando. *Entre deuses e césares:* secularização, laicidade e religião civil. Coimbra: Almedina, 2006, p. 227 e ss.

[107] GIUMBELLI, Emerson. *O fim da religião:* dilemas da liberdade religiosa no Brasil e na França. São Paulo: Attar Editorial, 2002, p. 186.

[108] *Ibid.*, p. 187 e ss. Como explica o autor, essas disposições nunca se aplicaram à região da Alsace-Moselle, que pertencia à Alemanha na época. Lá se aplica o regime dos quatro cultos reconhecidos, com nomeação dos bispos católicos pelo Estado, por indicação do Papa, e remuneração dos ministros pelo erário. Outras denominações também podem receber subvenções.

[109] Por meio da tolerância com a divisão religiosa, que ocupou o lugar das guerras confessionais, "o Ocidente descobriu a alteridade em si mesmo, no ponto mais sensível, isto é, em matéria de fé", o que foi reforçado "pela descoberta de um outro exterior: as Américas" (ZARKA, Yves Charles. *Difícil tolerância:* a coexistência de culturas em regimes democráticos. São Leopoldo: Unisinos, 2013, p. 23).

Idade Média[110]. Como decorrência dele, foram sendo abolidas as restrições religiosas ainda existentes, para o que contribuíram decisivamente a ampliação do sufrágio e as lutas pelo fortalecimento da democracia[111]. Assim é que, em meados do século XIX, o Reino Unido, por exemplo, já tinha revogado boa parte das limitações impostas a denominações minoritárias, inclusive judeus e católicos[112]. Essa trajetória sofreu um revés importante com a exacerbação dos nacionalismos, em especial na Europa Central e na Itália, o que contribuiu para que a "questão religiosa" não saísse de cena, culminando com os horrores das perseguições étnicas do nazismo alemão[113].

Mas, com o fim da Segunda Guerra Mundial, a formação de um consenso universal em torno da noção de *dignidade da pessoa humana* deu impulso renovado à retórica dos direitos humanos, que foram enunciados, no plano internacional, em uma *Declaração Universal* e previstos em uma série de tratados, sujeitos à fiscalização por órgãos supranacionais e

---

[110] O humanismo reabilitou o pensamento de autores clássicos (e pagãos) como Aristóteles. Para tanto, foi necessário reconhecer que, não apenas a Revelação, mas também a razão humana seria fonte de um conhecimento válido, inclusive em matéria moral. Não se discutia que, por não abraçar a verdade religiosa, o pagão estaria excluído da salvação; a História mostrava, contudo, que mesmo as sociedades pagãs haviam desenvolvido normas morais que mais tarde se provariam corretas à luz das Escrituras. Dessa forma, era possível aos homens – todos eles – descobrir um *direito natural* que, se não correspondia à justiça (porque esse era um atributo exclusivo da lei divina), antecipava muitas de suas exigências. Haveria, portanto, um conteúdo moral aberto aos que não partilhavam da fé e que, por isso mesmo, só haveria de ser alcançado pela *razão*. Outro passo importante foi o individualismo. Impulsionados pelo nominalismo e pelo retorno ao direito romano – com sua compreensão de *ius* também como direito subjetivo –, os autores da época passaram a falar não apenas em um direito natural (objetivo), mas também em *direitos naturais subjetivos*. O resgate da doutrina do direito natural em termos racionalistas e individualistas abriu espaço para que se afirmasse que todas as pessoas seriam dotadas pela natureza de certos direitos inatos e inalienáveis. Esse corpo teórico – suficientemente revolucionário – uniu-se, mais adiante, a uma nova concepção sobre a legitimação do Estado que, coerente com sua época, deixava de apreciar a justiça do exercício do poder político sob a perspectiva dos governantes (*ex parte principis*), para examiná-la sob a óptica dos governados (*ex parte populi*). O Estado perdeu sua aura transcendente e metafísica para se transformar em criatura do ser humano, produto da razão para satisfazer finalidades e interesses dos indivíduos. A partir desse momento, os direitos naturais passaram a ser oponíveis ao próprio Estado, que só se legitimaria se, e na medida em que, os protegesse e promovesse. V. BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade:* para uma teroia geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007 (Coleção Pensamento Crítico, v. 69), pp. 62-65; *Id.*, *A era dos direitos*. Nova ed. 8. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 56 e ss.; VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, cit., p. 117 e ss.

[111] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.* Coimbra: Almedina, 1998, p. 46.

[112] V. REINO UNIDO. *Roman Catholic Relief Act 1829* (c. 7 10 Geo 4); *Jews Relief Act 1858* (c. 49 21 and 22 Vic). No entanto, foi somente em 2013 que se revogou a proibição de que pessoas casadas com católicos assumissem o trono do país. V. *Succession to the Crown Act* (2013 c. 20).

[113] Segundo Norman Doe, em que pesem os avanços observados em algumas partes da Europa ao longo do século XIX, em vários outros lugares os laços entre o Estado e a religião foram reforçados, embora garantias em favor das minorias tenham sido previstas. Como exemplos, indica a Grécia, depois da Guerra de Independência (1821), a Romênia (que, no fim século XIX, deu ao Metropolita da Igreja Ortodoxa o papel de presidente do Parlamento), Portugal (sob a Constituição de 1822), a Dinamarca e a Finlândia (sobre controle russo). A consolidação das religiões nacionais foi o "tema dominante" na Europa após o fim da Primeira Guerra Mundial, com a garantia de uma posição especial para a Igreja Católica em Malta, Polônia, Irlanda, Itália, Portugal e Espanha (DOE, Norman. *Law and religion in Europe*, cit., pp. 7-10).

internacionais. Muitos desses direitos foram acolhidos pelas constituições de diversos países e por sua legislação doméstica, que admitem, muitas vezes, o controle judicial quanto a seu cumprimento. O reconhecimento do igual valor moral de todos os seres humanos justificou, de um lado, o fortalecimento da liberdade religiosa, como espaço de autonomia individual, e, de outro, a laicidade do Estado, ao legitimá-lo como um projeto compartilhado por coletividades bastante plurais. Depois de milhares de anos o mundo finalmente se dispôs a aceitar que as pessoas devem ser livres para viver como iguais em sua diferença.

Com isso chegamos aos dias de hoje. Do ponto de vista subjetivo, a liberdade religiosa é protegida, em maior ou menor medida, em todos os continentes, sendo objeto de tutela internacional específica. Até a Igreja Católica, pressionada pela nova realidade, dedicou-se a uma ostensiva modernização, tendo declarado que a liberdade religiosa decorre da dignidade humana, devendo ser protegida como direito fundamental pelos Estados[114]. Naturalmente, porém, a afirmação da liberdade nem sempre vem acompanhada de seu respeito na prática, e ainda são frequentes as denúncias de abusos e excessos. Um relatório da *Aid to the Church in Need*, uma fundação da Igreja Católica no Reino Unido, analisando o período de outubro de 2012 a junho de 2014, trouxe as seguintes constatações alarmantes[115]:

(i) Em 81 dos 196 países do mundo (*i.e.*, 41%), há lugares em que a liberdade religiosa ou bem é impedida ou tem sofrido revezes, sendo que, em apenas 6 países, houve mudança para melhor; pioras foram observadas em 55 (28%);

(ii) A liberdade religiosa vem declinando em países ocidentais classificados como predominante ou historicamente cristãos, seja em razão das divergências sobre o papel da religião no espaço público, seja como decorrência da preocupação com o extremismo;

(iii) Embora, quando minoritários, os cristãos sejam os grupos mais perseguidos, os muçulmanos têm sofrido grande discriminação – inclusive por parte de outros

---

[114] VATICANO II, Concílio Ecumênico. *Dignitatis humanae* (Declaração). In: WOLFF, Elias. *Unitatis redintegratio, Dignitatis humanae, Nostra aetate:* textos e comentários. São Paulo: Paulinas, 2012 (Coleção Revisitar o Concílio), pp. 110-111: "Este Concílio Vaticano declara que a pessoa humana tem direito à liberdade religiosa. Esta liberdade consiste no seguinte: todos os homens devem estar livres de coação, quer por parte dos indivíduos, quer dos grupos sociais ou qualquer autoridade humana; e de tal modo que, em matéria religiosa, ninguém seja forçado a agir contra a própria consciência, nem impedido de proceder segundo a mesma, em privado e em público, só ou associado com outros, dentro dos devidos limites. Declara, além disso, que o direito à liberdade religiosa se funda realmente na própria dignidade da pessoa humana, como a palavra revelada de Deus e a própria razão a dão a conhecer. Este direito da pessoa humana à liberdade religiosa na ordem jurídica da sociedade deve ser de tal modo reconhecido que se torne um direito civil".

[115] AID TO THE CHURCH IN NEED. *Religious freedom in the world 2014 – Executive Summary*, p. 6-7. Disponível em: <http://religion-freedom-report.org.uk/wp-content/uploads/2014/10/executive_summary.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2016.

muçulmanos –, e vem aumentando a violência contra os judeus na Europa Ocidental;

(iv) O aumento do "analfabetismo religioso" entre as autoridades ocidentais e na mídia internacional tem prejudicado os diálogos construtivos e a estruturação de políticas efetivas na matéria;

(v) Os sinais positivos de uma cooperação inter-religiosa observados resultam, em geral, de iniciativas locais, e não de políticas nacionais.

Alguns interessantes exemplos de cooperação são a autorização, pelas autoridades católicas, do uso de suas igrejas pela comunidade anglicana em Andorra[116] e por diversos outros cultos, no Brasil, próximo à cidade de Mariana (MG), depois de uma grande tragédia ambiental[117]. Na mesma linha é a Conferência Islâmico-Judaica (*Muslim-Jewish Conference*), que reúne jovens judeus e muçulmanos de todo o mundo[118], e o projeto em que mais de 300 sinagogas e mesquitas, além de outras instituições do judaísmo e do Islã, em seis continentes, coorganizam e recebem eventos com foco no diálogo cultural e teológico[119]. No Brasil, fundada por candomblecistas e umbandistas, a Comissão de Combate à Intolerância Religiosa (CCIR) conta hoje também com católicos, judeus, espíritas, muçulmanos, wiccanos, bahá'ís, evangélicos, budistas, ateus, entre outros, além do Tribunal de Justiça, do Ministério Público e da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro[120]. Igualmente digna de nota é a criação de uma Comissão Especial de Direito e Liberdade Religiosa pelo Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB).

Como se poderia esperar, os eventos que marcaram o "centro do mundo" repercutiram também no Brasil – embora não de forma automática. Seja como for, para contextualizar melhor a questão religiosa no direito brasileiro, é imprescindível examinar a dinâmica entre o poder e

---

[116] U.S. DEPARTMENT OF STATE. *International religious freedom report 2014: Andorra*. Disponível em: <http://www.state.gov/j/drl/rls/irf/religiousfreedom/index.htm#wrapper>. Acesso em: 24 jul. 2016.

[117] ALVES, Francisco Edson. Padre cede paróquia para evangélicos e cria polêmica. *O Dia*, 24 nov. 2015. Disponível em: <http://odia.ig.com.br/noticia/brasil/2015-11-24/padre-cede-paroquia-para-evangelicos-e-cria-polemica.html>. Acesso em: 24 jul. 2016.

[118] LEBOVIC, Matt. Rapid worldwide growth for Jewish-Muslim alliance. *The Times of Israel*, 26 ago. 2013. Disponível em: <http://www.timesofisrael.com/rapid-worldwide-growth-for-jewish-muslim-alliance/>. Acesso em : 24 jul. 2016.

[119] EDITORIAL: Jewish-Muslim bonds deepening. *The Jewish Week*, 11 dez. 2013. Disponível em: <http://www.thejewishweek.com/editorial-opinion/editorial/jewish-muslim-bonds-deepening>. Acesso em: 24 jul. 2016.

[120] COMISSÃO DE COMBATE À INTOLERÂNCIA RELIGIOSA. *Quem somos?* Disponível em: <http://ccir.org.br/quem-somos/>. Acesso em: 24 jul. 2016.

a fé na História do Brasil.

1.2 **O Brasil em particular**

1.2.1 Brasil colonial

As relações do Brasil com a religião começaram antes do Descobrimento: as caravelas de Pedro Álvares Cabral navegaram sob a cruz da Ordem de Cristo[121], que ornava suas velas, tendo o próprio rei D. Manuel I – Grão-Mestre da Ordem – posto na cabeça do capitão-mor, na véspera da viagem, um barrete bento, enviado pelo papa[122]. Considerando que a Ordem de Cristo havia recebido da Santa Sé total jurisdição eclesiástica nas terras que conquistasse[123], tudo isso está longe de sugerir mero simbolismo vazio. Não é por acaso, portanto, que as relações iniciais entre o Estado e a fé tenham sido marcadas pelo jurisdicionalismo ibérico, havendo uma imbricação bastante evidente entre as duas esferas, com a transformação do clero em um braço do governo civil, sob a supremacia da autoridade monárquica[124].

A situação não mudou com o modelo das *capitanias hereditárias*[125], criadas, segundo o

---

[121] A Ordem de Cristo – Ordem dos Cavaleiros de Nosso Senhor Jesus Cristo – foi criada em 1319 pela bula *Ad ea ex quibus* do papa João XXII, atendendo a um pedido do rei D. Dinis, como sucessora da célebre Ordem do Templo, extinta pelo papa Clemente V em 1312. Embora a associação da monarquia portuguesa com a Ordem de Cristo remonte a suas origens, em 1551 a bula *Praeclara clarissimi*, do papa Júlio III, promoveu uma absoluta fusão entre elas: o mestrado da Ordem foi incorporado à Coroa. V. ASSUNÇÃO, Paulo de. *Negócios jesuíticos:* o cotidiano da administração dos bens divinos. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004, p. 94 (nota nº 17).

[122] ABREU, J. Capistrano de. *Capítulos de história colonial*, cit., p. 64; LIMA, Maurilio Cesar de, Mons. *Breve história da Igreja no Brasil*, cit., p. 25.

[123] Foi o que estabeleceu o papa Calisto III na bula *Inter caetera* de 1456. V. CALIXTUS III. The bull *Inter coetera*. March 13, 1456. In: DAVENPORT, Frances Gardiner (Ed.). *European treatis bearing on the history of the United States and its dependencies to 1648*. Clark: The Lawbook Exchange, 2004 [Washington, D.C.: Carnegie Institution of Washington, 1917-1937], p. 27 e ss.

[124] FAORO, Raymundo. *Os donos do poder:* formação do patronato político brasileiro. 3. ed. rev. 10. reimp. São Paulo: Globo, 2001, p. 229. Segundo o autor, citando Américo Jacobina Lacombe, embora o controle do clero pela Coroa nunca tenha levado a sua absorção, como se passara com a nobreza, "a Igreja, apesar das reminiscências césaro-papistas, está 'profundamente dominada pelo Estado".

[125] De traços feudais, mas inevitavelmente exposto à realidade do absolutismo, o modelo das capitanias hereditárias se caracterizava pela concessão de terras, pela Coroa a um donatário, a quem cabia exercer poderes quase ilimitados nesse território, podendo fundar vilas, distribuir cargos, doar sesmarias e receber parte da renda tributária, além dos direitos de exploração econômica da região. Ao lado das Ordenações (Manuelinas e, depois, Filipinas), os documentos que fundamentavam essas concessões – *cartas de doação* e *forais* – constituíam os diplomas normativos fundamentais da colônia do Brasil. V. ALBUQUERQUE, Manoel Maurício de. *Pequena história da formação social brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1981 (Biblioteca de História, v. 6), p. 174 e

rei D. João III, para "ser a minha terra e costa do Brasil mais povoada do que até agora foi, assim para se nela haver de celebrar o culto e ofícios divinos, e se exaltar a nossa santa fé católica, com trazer e provocar a ela os naturais da dita terra infiéis e idólatras [...]"[126]. A despeito de sua ampla autonomia, os donatários das capitanias – como as autoridades portuguesas – estavam obrigados a seguir o catolicismo. Em tempos de Contrarreforma, esse dever assumia contornos não apenas religiosos, mas também políticos, na medida em que importantes inimigos navais de Portugal haviam abraçado doutrinas protestantes (caso da Holanda)[127].

Posteriormente, a centralização política imposta pela instituição do Governo-Geral em Salvador repercutiu também em matéria religiosa, com a elevação da capital à condição de cidade, sede da primeira diocese do Brasil[128]. Além disso, com o primeiro Governador, Tomé de Sousa, vieram os jesuítas, que assumiram um papel bastante destacado na frente ideológica da empresa colonial, atuando principalmente na conversão dos índios e na instrução dos colonos e seus filhos[129]. Em troca, a monarquia portuguesa e as autoridades coloniais lhes garantiram diversos privilégios e rendas[130].

A comunhão entre o Estado e a Igreja se fazia presente de forma explícita na legislação da época. As Ordenações Manuelinas previam, por exemplo, que alguém que fosse condenado como herege ou excomungado pelas autoridades eclesiásticas poderia ser entregue ao "braço secular" para sofrer pena imposta pelo Estado[131]. A sanção de degredo, por vezes acompanhada

---

ss.; SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro:* evolução institucional. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 269-270. Questionando a afirmação de um "feudalismo brasileiro", v. FAORO, Raymundo. *Op. cit.*, p. 151 e ss.

[126] *Apud* ABREU, J. Capistrano de. *Capítulos de história colonial*, cit., p. 80.

[127] Com a ameaça permanente e as frequentes invasões de potências protestantes, qualquer recalcitrância na fé poderia ser interpretada como traição ao rei e alinhamento a Estados inimigos. V. ALBUQUERQUE, Manoel Maurício de. *Op. cit*, p. 245.

[128] V. LIMA, Maurilio Cesar de, Mons. *Breve história da Igreja no Brasil*, cit., p. 25. Em razão desse pioneirismo, o (hoje) arcebispo de Salvador tem o título honorífico de *arcebispo primaz do Brasil*.

[129] As ambições da Companhia de Jesus – ou o que interpretava delas – levaram o Marquês de Pombal a expulsá-la da colônia. O episódio foi apenas um exemplo dos conflitos entre o Reino de Portugal e uma Igreja que, além de potência secular europeia, se pretendia autoridade doutrinária universal. O grande problema parecia ser a dupla lealdade das entidades religiosas, que deviam obediência ao rei, mas se subordinavam também ao papa. Tanto assim que a intervenção de Pombal não atingiu apenas a Companhia de Jesus, mas reduziu também bastante os poderes da Inquisição, intensificando o controle do Estado sobre ela. Contudo, a especial fidelidade dos jesuítas ao Bispo de Roma dava margem para conflitos com o padroado. V. ALBUQUERQUE, Manoel Maurício de. *Pequena história da formação social brasileira*, cit., p. 241; FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*, cit., p. 228 e ss.

[130] ASSUNÇÃO, Paulo de. *Negócios jesuíticos*, cit., p. 151 e ss.

[131] Ordenações do Reino (1512), Livro V, Títulos II e XLVI. Consultou-se a reprodução disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>. Acesso em: 31 dez. 2016.

de castigos físicos, era cominada para aqueles que renegassem a Deus ou aos santos ou blasfemassem contra eles[132]. Embora o Santo Ofício nunca tenha sido instalado no Brasil – que se submetia ao Tribunal de Lisboa –, a Inquisição atuou por meio de "visitas" ou "visitações" do Santo Ofício à Colônia[133], e de "familiares" situados aqui[134]. Além disso, como explica Raymundo Faoro[135]:

> A Igreja exercia atribuições de ordem administrativa da maior relevância: os registros de nascimento, o casamento com todas as suas vicissitudes jurídicas, e a morte estavam a seu cargo. A assistência social da colônia não encontrava outro remédio senão na Igreja, entregue ao seu cuidado o ensino. O clero ordenava as relações domésticas, vigiando todas as suas particularidades, dele dependendo a vida social da colônia, com ruidosas festividades nos pátios dos templos, onde as dispersas populações confraternizavam. [...] O rei dotava as corporações religiosas, para o custeio de suas obras, com terras e escravos, além de dedicar-lhes rendas especiais. O pagamento aos padres sofria as mesmas dificuldades, retardamentos e incertezas que atingiam os demais funcionários civis e militares.

O reequilíbrio do poder na Europa trouxe grandes mudanças nesse contexto. Aliando-se à Inglaterra contra a França de Napoleão, a monarquia portuguesa viu-se obrigada a se instalar no Brasil e a conceder uma série de benefícios aos súditos ingleses, dentre os quais o livre exercício do culto anglicano na Colônia, tendo Portugal se comprometido a não instalar a Inquisição no Brasil[136]. Esse pequeno passo já indicava a inevitável ruptura – exigida pelas condições político-econômicas – com os fundamentos tradicionais de legitimação religiosa da monarquia. Ao declínio de Portugal correspondeu uma inegável ascensão do Brasil que, de mera colônia agrária, foi elevado à condição de reino, unido à sua metrópole[137], e sede da Corte

---

[132] Ordenações do Reino (1512), Livro V, Título XXXIV.

[133] Segundo o Monsenhor Maurilio Cezar de Lima, "[p]ropriamente falando, a Inquisição nunca funcionou no Brasil", salvo pelas "visitações do Santo Ofício" (*Breve história da Igreja no Brasil*, cit, p. 71). Para uma exposição analítica, com foco nas mulheres, v. GORENSTEIN, Lina. *A Inquisição contra as mulheres:* Rio de Janeiro, séculos XVII e XVIII. São Paulo: Humanitas; Fapesp, 2005.

[134] ASSIS, Angelo Adriano Faria de. Inquisição, religiosidade e transformações culturais: a sinagoga das mulheres e a sobrevivência do judaísmo feminino no Brasil colonial — Nordeste, séculos XVI-XVII. *Revista Brasileira de História*, v. 22, n. 43, pp. 47-66, 2002, p. 52. Os "familiares" eram oficiais leigos do Santo Ofício. Tratava-se de uma posição de prestígio à época. V. KÜHN, Fábio. As redes da distinção: familiares da Inquisição na América Portuguesa do século XVIII. *Varia Historia*, v. 26, n. 43, pp. 177-195, jan./jun. 2010, p. 179.

[135] FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*, cit., p. 230.

[136] V. TRATADO de Aliança e Amizade firmado pela Grã-Bretanha e o Governo Português. In: BONAVIDES, Paulo; AMARAL, Roberto (Orgs.). *Textos políticos da História do Brasil*. 3. ed. v. 1. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002, p. 432 e ss.

[137] Na Carta de Lei de 16 de dezembro de 1815, D. João, então Príncipe Regente, elevou o Brasil à "dignidade, preeminência e denominação de *Reino do Brazil*", fundido aos demais sob o título de *Reino Unido de Portugal e do Brazil e Algarves*.

portuguesa, sendo palco de um enorme desenvolvimento econômico, decorrente da revogação das restrições coloniais à manufatura e ao comércio.

1.2.2 Império do Brasil

As tensões entre a ex-colônia e a metrópole se tornaram insustentáveis e, com a Revolução do Porto de 1820[138], alinharam-se os interesses das classes dominantes brasileiras com o fervor absolutista de D. Pedro, então príncipe regente, conduzindo à Independência. A despeito da forte aliança entre o Reino de Portugal e a Santa Sé – que por isso concedera aos reis portugueses o título de *Rex Fidelissimus* –, não foi difícil o reconhecimento do Brasil pelo papa. Temendo que a Independência resultasse na imposição de restrições liberais à Igreja, a Santa Sé reconheceu sem dificuldades o novo país americano[139].

Instalada a Assembleia Constituinte, elaborou-se um projeto de constituição para o Império. O texto da "Constituição da mandioca", como ficou conhecido o projeto, declarava o catolicismo como religião oficial "por excelência", sendo mantida pelo Estado. Previa-se, porém, a liberdade religiosa, embora o texto se apressasse em observar que só as "comunhões Cristãs" gozariam desse direito; as demais seriam "apenas toleradas", sendo vedado a seus fiéis o exercício dos direitos políticos[140]. Coerentemente, o projeto subordinava a assunção de

---

[138] Interessante observar que, a despeito do ímpeto liberal dos revolucionários, o texto constitucional aprovado para o Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, aprovado e jurado por D. João VI, previa como um dos principais deveres dos portugueses "venerar a Religião" (art. 19). A referência, naturalmente, era ao catolicismo romano, previsto como religião oficial da Nação Portuguesa. Ressalvava-se, porém, aos estrangeiros, "o exercício particular dos seus respectivos cultos" (art. 25). V. PORTUGAL. *Constituição Política da Monarchia Portugueza*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1822, pp. 10 e 13.

[139] ALBUQUERQUE, Manoel Maurício de. *Pequena história da formação social brasileira*, cit., pp. 326-327. Apesar disso, conta-se que o plenipotenciário enviado à Santa Sé pelo governo brasileiro precisou esperar por dois anos até ser recebido pelo papa Leão XII e pela Cúria Romana, provavelmente enquanto se aguardava o reconhecimento de Portugal à Independência. V. LIMA, Maurilio Cesar de, Mons. *Breve história da Igreja no Brasil*, cit., p. 114. Para uma exposição pormenorizada dos eventos, v. SANTINI, Cândido. O padroado no Brasil. Direito real. *Perspectiva Teológica*, Belo Horizonte, v. 6, n. 11, pp. 159-204, 1974.

[140] BRASIL. Assembleia Constituinte (1823). Projeto de Constituição para o Império do Brasil (Anexo). In: MARTINS, Eduardo. A Assembléia Constituinte de 1823 e sua posição em relação à construção da cidadania no Brasil. 2008. 201f. Tese (Doutorado em História) – Faculdade de Ciências e Letras de Assis, Universidade Estadual Paulista, Assis. 2008, p. 178: "Art. 7. A Constituição garante a todos os Brasileiros os seguintes direitos individuais comas explicações, e modificações anexas: [...] III. A liberdade religiosa. [...] Art. 14. A liberdade religiosa no Brasil só se estende às comunhões Cristãs; todos os que as professarem podem gozar dos Direitos Políticos no Império. Art. 15. As outras religiões, além da Cristã, são apenas toleradas, e a sua profissão inibe o exercício dos direitos Políticos. Art. 16. A Religião Católica Apostólica Romana é a Religião do estado por Excelência, e única mantida por ele".

determinados cargos a um juramento de fidelidade à religião católica[141] e mantinha viva a tradição do padroado ao atribuir ao imperador a competência de prover os benefícios eclesiásticos e exigir seu beneplácito para que decretos da Igreja se aplicassem no Brasil, desde que não se opusessem ao texto constitucional[142]. O texto ainda previa caber aos bispos católicos "a censura dos escritos publicados sobre dogma, e moral", determinando às autoridades seculares que auxiliassem as eclesiásticas na punição dos culpados, quando estes fossem católicos[143].

Insatisfeito com o projeto, D. Pedro I – com autoridade de Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo do Brasil que precedia o ato constituinte[144] – dissolveu a Assembleia e "em nome da Santíssima Trindade" outorgou a primeira Constituição brasileira, em 1824. Conjugando a legitimidade dinástica da Casa de Bragança com uma compreensão muito restrita de soberania popular, a Carta simbolizou a vitória do pensamento absolutista contra as correntes liberais. O catolicismo se manteve como religião oficial do Brasil, permanecendo a Igreja Católica entre os aparelhos ideológicos do Estado – as demais denominações seriam toleradas, mas seu culto deveria se restringir aos ambientes domésticos ou, de outro modo, privados, desde que não ostentassem forma exterior de templos[145]. Foi proibida a perseguição por motivos religiosos, salvo em caso de desrespeito à religião do Estado ou ofensa à moral pública[146].

---

[141] O juramento seria exigido do imperador antes de sua aclamação (art. 143), do herdeiro presuntivo da Coroa quando de sua maioridade (art. 145), e dos membros do Conselho Privado do imperador antes de sua posse (art. 183). V. *Ibid.*, pp. 186, 187 e 189.

[142] BRASIL. Assembleia Constituinte (1823). Projeto de Constituição para o Império do Brasil, cit., p. 186: "Art. 142. São Atribuições do Imperador: [...] V. Prover os benefícios Eclesiásticos, e Empregos Civis, que não forem eletivos, e bem assim os Militares, tudo na conformidade das Leis que regulem os ditos provimentos, podendo suspender, e remover os Empregos ns [sic] casos, e pelo, que as mesmas Leis marcarem. [...] XI. Conceder ou negar o seu Beneplácito aos Decretos dos Concílios, Letras Pontificais, e quaisquer outras Constituições Eclesiásticas, que se não opuserem à presente Constituição".

[143] *Ibid.*, p. 178: "Art. 23. Os escritos não são sujeitos à censura, nem antes, nem depois de impressos; e ninguém é responsável pelo que tiver escrito, ou publicado, salvo nos casos, e pelo modo, que a Lei apontar. Art. 24. Aos Bispos, porém fica salva a censura dos escritos publicados sobre dogma, e moral; e quando os autores, e na sua falta os publicadores, forem da Religião Católica, o Governo auxiliará os mesmos bispos, para serem punidos os culpados".

[144] D. Pedro foi aclamado imperador em 20 de outubro de 1822 e coroado em 1º de dezembro de 1822, sendo que a instalação da Assembleia ocorreu em maio de 1823. Vale o registro – mais uma curiosidade – de que, a despeito disso, chegou a vigorar no Brasil, por algumas horas, a Constituição espanhola de 1812 ("Constituição de Cádiz"): na noite de 21 de abril de 1822, D. João VI decretou, no Rio de Janeiro, que se observasse o referido diploma no Brasil até que as Cortes de Lisboa se pronunciassem; na manhã do dia seguinte, porém, o rei mudou de ideia e revogou sua ordem anterior. V. SILVA, José Afonso da. *O constitucionalismo brasileiro*, cit., p. 45.

[145] Constituição (1824), art. 5º: "*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*".

[146] Constituição (1824), art. 179: "*A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brazileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: [...] V. Ninguem póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado,*

Cidadãos que não professassem o catolicismo poderiam votar, mas não eram elegíveis para os cargos de deputado geral[147], senador ou conselheiro de Estado, nem se lhes permitia integrar a Regência ou ascender ao Trono[148]. "Clérigos de Ordens Sacras" e religiosos que vivessem em comunidade claustral não podiam votar ou se eleger[149].

O padroado foi concedido a D. Pedro e seus sucessores, mas de uma forma um tanto confusa. O regime foi incorporado explicitamente à Constituição, que investiu no imperador o poder de nomear os bispos – remunerados pelo erário – e de conceder (ou negar) beneplácito aos decretos da Igreja, desde que não afrontassem a Carta e, se contivessem preceitos gerais, fossem submetidos à prévia aprovação do Legislativo[150]. Solicitada a confirmação do papa, em 1827 foi expedida a bula *Praeclara Portucalliae*, que concedeu ao imperador a condição de Grão-Mestre da Ordem de Cristo[151], mas parece ter limitado o direito com termos que não tinham alcançado os reis portugueses. A bula foi submetida à Assembleia Geral, que, contudo, lhe negou aprovação. Segundo as Comissões que examinaram o tema, o padroado decorreria diretamente da soberania do imperador e não da Ordem de Cristo que, por supostamente voltar-se à repressão de infiéis, seria incompatível com a tolerância aos cultos não católicos[152]. Essa recusa, contudo, jamais foi informada à Santa Sé e, do ponto de vista do direito canônico, aponta-se que, solicitado o padroado pelo imperador, sua concessão se aperfeiçoou quando ele foi notificado da bula papal[153]. Curiosamente, embora Roma sempre se referisse ao direito do padroado, a prática no Brasil se sustentou todo o tempo apenas sobre a competência do imperador prevista na Constituição de 1824.

---

e não offenda a Moral Publica".

147 Constituição (1824), art. 95: "*Todos os que podem ser Eleitores, abeis para serem nomeados Deputados. Exceptuam-se: [...] III. Os que não professarem a Religião do Estado*".

148 Afinal, exigia-se dos titulares dessas funções um juramento de que manteriam a religião católica apostólica romana (arts. 103, 106, 127 e 141). Juramento semelhante era imposto também aos Senadores, não pela Constituição, mas pelo Regimento Interno do Senado de 1826 (art. 18).

149 Constituição (1824), art. 92: "*São excluidos de votar nas Assembléas Parochiaes. I. Os menores de vinte e cinco annos, nos quaes se não comprehendem os casados, e Officiaes Militares, que forem maiores de vinte e um annos, os Bachares Formados, e Clerigos de Ordens Sacras. [...] IV. Os Religiosos, e quaesquer, que vivam em Communidade claustral*".

150 Constituição (1824), art. 102: "*O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado. São suas principaes attribuições:* [...] *II. Nomear Bispos, e prover os Beneficios Ecclesiasticos.* [...] *XIV. Conceder, ou negar o Beneplacito aos Decretos dos Concilios, e Letras Apostolicas, e quaesquer outras Constituições Ecclesiasticas que se não oppozerem á Constituição; e precedendo approvação da Assembléa, se contiverem disposição geral*".

151 SANTINI, Cândido. O padroado no Brasil, cit., p. 174.

152 Para uma transcrição dos trechos relevantes, v. SANTINI, Cândido. O padroado no Brasil, cit., p. 177 e ss.

153 *Ibid.*, p. 185 e ss.

No Império, a integração entre a Igreja e o Estado era bastante evidente, tendo-se manifestado também na legislação ordinária. Até a formação dos bacharéis nas Faculdades de São Paulo e Olinda, os padres eram os representantes do saber[154]. Os "abusos das autoridades eclesiásticas" poderiam ser levados à Coroa para revisão[155]. Recepcionadas as Ordenações Filipinas pelo direito brasileiro[156], somente o casamento religioso de rito católico era admitido – situação alterada apenas em 1861, quando se passou a admitir o casamento religioso de não católicos[157]. Os cemitérios públicos eram voltados para os católicos; membros de outras denominações poderiam criar cemitérios privados, mas dependiam, para tanto, de autorização do Estado[158]. Além disso, os registros civis eram mantidos pelas autoridades da Igreja[159].

O Código Penal do Império considerava crime recorrer a autoridade estrangeira, sem licença, "*para impetração de graças espirituaes, distincções ou previlegios na Jerarchia Ecclesiastica, ou para autorização de qualquer acto religioso*" (art. 81). A celebração de religião distinta da católica, realizada em caráter público ou em lugar com forma exterior de templo, era passível de dispersão forçada pelo Juiz de Paz, de demolição da forma exterior e de multa individual de dois a doze mil-réis (art. 276). A quem "abusasse" ou "zombasse" de qualquer religião, por escritos distribuídos a mais de quinze pessoas ou em discursos públicos na hora e no local de cultos era prevista a aplicação de pena de prisão de um a seis meses, e multa (art. 277). Se o conteúdo defendido em escritos ou discursos públicos "destruísse" diretamente "*as verdades fundamentaes da existencia de Deus, e da immortalidade da alma*", a pena de prisão seria maior: de quatro meses a um ano (art. 278). No entanto, era cominada

---

[154] ABREU, J. Capistrano de. *Capítulos de história colonial*, cit., p. 251.

[155] V. SCAMPINI, José. A liberdade religiosa nas Constituições brasileiras, cit., p. 88. Como aponta o autor (p. 89), um decreto de 1857 permitiu que também as autoridades eclesiásticas se valessem do recurso à Coroa para se proteger contra abusos do poder civil.

[156] Lei de 20 de outubro de 1823.

[157] Lei nº 1.144/1861. Como resultado, passou a haver três modalidades de casamento: (i) o católico, realizado conforme as regras do Concílio de Trento e das Constituições do Arcebispado da Bahia; (ii) o casamento misto, entre católico e não católico, também celebrado conforme o Direito Canônico; e (iii) o casamento entre pessoas de outros credos, de acordo com seus ritos religiosos. V. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 16. ed. rev. e atual. v. 5 – Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 68. Aponta-se, contudo, que a previsão do casamento de não católicos foi tornada sem efeito pelo Conselho de Estado em 1865 (TELAROLLI JUNIOR, Rodolpho. A secularização do registro dos eventos vitais no Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Estudos de População*, Campinas, v. 10, n. 1/2, pp. 145-156, 1993, p. 146).

[158] GRINBERG, Keila. Judeus, judaísmo e cidadania no Brasil Imperial. In: GRINBERG, Keila (Org.). Os judeus no Brasil: inquisição, imigração, identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 209; RODRIGUES, Cláudia. *Lugares dos mortos na cidade dos vivos:* tradições e transformações fúnebres no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Cultura, Departamento Geral de Documentação e Informação Cultural, Divisão de Editoração, 1997 (Coleção Biblioteca carioca; v.43. Série publicação científica), pp. 125 e 133.

[159] TELAROLLI JUNIOR, Rodolpho. A secularização do registro dos eventos vitais no Estado de São Paulo, cit., pp. 145-146.

pena de um a três meses de prisão a quem perseguisse outrem por motivo religioso, desde que a vítima respeitasse a religião do Estado e não ofendesse a moral pública (art. 191).

Antes de prosseguir, vale fazer um registro importante sobre a presença muçulmana entre os escravos (chamados *malês*)[160]. Alfabetizados e vindos de formações sociais mais complexas, eles foram incorporados a atividades comerciais, inclusive assalariadas, tendo muitos comprado a própria alforria e criado espaços (discretos e afastados) para praticarem sua fé. Para eles, que vinham de lugares distintos, o Islã e a língua árabe formaram os elementos básicos de uma identidade comum, não raro voltada contra a dominação branca e católica: os malês protagonizaram revoltas relevantes, especialmente na Bahia, nas quais o teor religioso era bastante evidente, seja nas datas escolhidas (*e.g.*, Ramadã), seja na indumentária (*e.g.*, uso de abadás brancos e mandingas, amuletos com passagens do Corão). Esses levantes foram duramente reprimidos e, principalmente depois de 1835, se seguiram a uma forte perseguição dos malês. Contudo, os registros de viagem do imã Abdurrahman al'Baghdadi, que veio ao Brasil em 1866, dão conta da existência de grupos muçulmanos organizados e numericamente relevantes em cidades como o Rio de Janeiro e Salvador, que escondiam a sua religião sob uma aparente devoção católica.

Voltando à elite, os atritos entre a Igreja e o imperador não tardaram a acontecer. A ascensão do ultramontanismo católico[161], reforçada pela afirmação da infalibilidade do papa como dogma pelo Concílio Vaticano I, já minava as bases do padroado brasileiro. Animados desse espírito, dois bispos deram aplicação imediata a restrições romanas à atuação de fiéis maçons – independentemente, portanto, de beneplácito do imperador – e, recusando-se a voltar atrás mesmo depois de ordenado pelo Estado, foram presos. Sua posterior anistia não acalmou os ânimos e a chamada *questão religiosa* foi uma das querelas que precipitou o fim da monarquia brasileira.

O distanciamento entre o Estado e a Igreja Católica já vinha mostrando sinais ao longo do Império: enquanto a 1ª Legislatura viu serem empossados 23 (vinte e três) clérigos entre os deputados da Assembleia Geral – quase 30% (trinta por cento) do total –, esse número decresceu quase de forma uniforme, tendo chegado a zero na 17ª e 18ª Legislaturas, e a um na 19ª. Salvo por uma reação forte na 10ª Legislatura (chegando a treze deputados religiosos) e outra, menos

[160] Este parágrafo beneficiou-se especialmente de RIBEIRO, Lidice Meyer Pinto. Negros islâmicos no Brasil escravocrata. *Cadernos CERU*, série 2, v. 22, n. 1, p. 287-303, jun. 2011.

[161] Chama-se *ultramontanismo* o movimento de centralização eclesiástica que buscava estreitar as relações de todos os setores da Igreja com Roma e, em particular, com o papa. V. ZINNHOBLER, Rudolf. Idade Moderna. In: LENZENWEGER, Josef et al. (Eds.). *História da Igreja Católica*, cit., p. 347.

intensa, na 20ª (e última), quando o número de clérigos foi de seis, os dados mostram uma evidente perda do peso político formal da Igreja no Parlamento[162]. Esse lugar foi ocupado pelas elites intelectuais formadas nas Faculdades de Direito de São Paulo e do Recife, menos alinhadas com o direito canônico e a legislação portuguesa, e mais afinadas com as ideias liberais que surgiam na Europa[163]. Os últimos anos da monarquia viram algumas frentes se desenvolver – inclusive, afirma-se, por iniciativa do próprio Governo – no sentido da secularização. Apesar de o juramento religioso ser exigido pela Constituição, a recusa de um deputado a fazê-lo não o impediu de tomar posse[164], o que ilustra as mudanças que viriam e o clima de incerteza que pairava no ar. Pouco a pouco, foram levantadas diversas restrições religiosas, até que a Lei Saraiva estendeu a pessoas de qualquer fé a possibilidade de disputar cargos como os de deputado geral e senador[165]. Além disso, segundo Emerson Giumbelli[166]:

> em 1887 é discutido no Senado um projeto que visava emendar o art. 5 da Constituição, permitindo "a todas as religiões o exercício público de seu culto". [...] Mas, a essa altura, parece que as restrições constitucionais já haviam caducado, com os grupos não católicos "exercendo livremente suas atividades" [...] e a contrapartida das queixas de um bispo católico acerca da "propaganda escandalosa" do protestantismo [...]. Ou seja, às vésperas da República, as religiões não católicas desfrutavam de uma espécie de *liberdade sem igualdade*.

A configuração social do Brasil já não era mais a mesma. A partir do século XIX, chegaram grandes ondas imigratórias, que foram importantes causas de pluralização do cenário religioso. Além de europeus protestantes[167], vieram ao Brasil muçulmanos sírios e libaneses[168].

---

[162] V. CIARALLO, Gilson. O tema da liberdade religiosa na política brasileira do século XIX: uma via para a compreensão da secularização da esfera política. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 19, n. 38, pp. 85-99, fev. 2011, pp. 86-87.

[163] *Ibid.*, p. 87.

[164] LEITE, Fábio Carvalho. *Estado e religião*, cit., p. 181.

[165] Lei nº 3.029/1881 (Lei Saraiva).

[166] GIUMBELLI, Emerson. *O fim da religião*, cit., p. 245. Segundo Maria Lucia Montes, o número reduzido de protestantes não chegou a despertar uma guerra declarada por parte da Igreja Católica. Confirmando sua observação, a autora transcreve passagem de um missionário americano, que disse "Estou convencido de que em nenhum outro país católico do mundo existe maior tolerância e um sentimento mais liberal para com o protestantismo" (MONTES, Maria Lucia. *As figuras do sagrado:* entre o público e o privado na religiosidade brasileira. São Paulo: Claro Enigma, 2012, p. 23).

[167] Ainda nos primeiros tempos da Colônia, o protestantismo tentou se instalar no contexto das invasões da França (no Rio de Janeiro, de 1555 a 1560) e da Holanda (no Nordeste, de 1630 a 1654). Dois séculos depois, houve a entrada de ingleses anglicanos, amparada pelo tratado entre Portugal e o Reino Unido, e, numericamente mais relevante, de alemães luteranos, em especial na Província do Rio de Janeiro, em São Paulo e no Sul do País. Foi também bastante importante a atuação de missionários, inclusive norte-americanos, a partir do século XIX. V. MENDONÇA, Antônio Gouvêa; VELASQUES FILHO, Prócoro. *Introdução ao protestantismo no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002, p. 25 e ss.

[168] WANIEZ, Philippe; BRUSTLEIN, Violette. Os muçulmanos no Brasil: elementos para uma geografia social. *ALCEU*, v. 1, n. 2, p. 155-180, jan./jul. 2001.

Quanto aos judeus, presentes desde o início da colonização (cristãos-novos), mas sempre sujeitos a grande perseguição, passaram a vir em grandes quantidades por força das sucessivas revoluções europeias e, bem mais adiante, das políticas antissemitas fascistas e nazistas[169].

1.2.3 República Velha

Com a Proclamação da República, a separação formal entre o Estado e a religião ganhou contornos definitivos. Em janeiro de 1890, o Governo Provisório editou o Decreto nº 119A, que proibiu às autoridades federais e estaduais expedir normas ou atos "*estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e crear differenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados á custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas*" (art. 1º). Garantiu-se igual liberdade de culto a todas as religiões, em caráter individual e coletivo (arts. 2º e 3º), extinguindo-se o regime do padroado (art. 4º)[170]. Em 1890, o Estado passou a reconhecer apenas o casamento civil[171], secularizou e municipalizou os cemitérios[172], laicizou o ensino público[173], e extinguiu os feriados religiosos[174].

Essa tendência foi seguida pela Constituição de 1891[175] e mantida pela Reforma de

---

[169] FALBEL, Nachman. *Judeus no Brasil:* estudos e notas. São Paulo: Humanitas; Edusp, 2008, p. 26 e ss.; MIZRAHI, Rachel. *Judeus:* do descobrimento aos dias atuais. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

[170] Curiosamente, no entanto, o Decreto estabelecia também, em seu art. 6º, que "*o Governo Federal continúa a prover á congrua, sustentação dos actuaes serventuarios do culto catholico e subvencionará por anno as cadeiras dos seminarios; ficando livre a cada Estado o arbitrio de manter os futuros ministros desse ou de outro culto, sem contravenção do disposto nos artigos antecedentes*".

[171] Decreto nº 181/1890.

[172] Decreto nº 789/1890, art. 1º. Vale ressaltar, contudo, que o diploma não expropriou os cemitérios particulares ou de propriedade de congregações religiosas, mas os submeteu ao poder de polícia municipal (art. 2º). Ademais, além de vedar a criação de novos cemitérios privados (art. 3º), o decreto impôs aos Municípios a instituição de "*cemitérios civis*", exigindo que até que isso acontecesse, onde o espaço de sepultamento estivesse a cargo de entidades religiosas, "*as Municipalidades farão manter a servidão publica nelles existente, providenciando para que os enterramentos não sejam embaraçados por motivo de religião*" (art. 4º, *caput* e parágrafo único).

[173] Por meio de decisão do Ministério do Interior, segundo GIUMBELLI, Emerson. *O fim da religião*, cit., p. 243.

[174] Decreto nº 155B/1890. Nem o dia de 25 de dezembro foi mantido, mas, curiosamente, o decreto preservou o dia 2 de novembro, "*consagrado á commemoração geral dos mortos*".

[175] A Constituinte instalada em 1890, diferentemente de sua antecessora, "não admitirá clérigos entre os 205 deputados que dela fizeram parte. Eram em sua maioria juristas formados em São Paulo e Pernambuco [...], médicos diplomados na Bahia e no Rio, engenheiros civis e militares, jornalistas e homens de letras, oficiais do Exército e da Marinha, muitos deles funcionários públicos". O que se destaca é a presença dos militares – 46 dos 205 membros –, sendo que muitos, como diversos civis, compartilhavam as ideias positivistas. V. CIARALLO, Gilson. O tema da liberdade religiosa na política brasileira do século XIX, cit., p. 96. Apesar disso, aponta-se que, quanto à religião, as alterações feitas pelo Congresso Constituinte no projeto enviado pelo Governo Provisório eliminaram quase todas as restrições que atingiriam a Igreja Católica (como a proibição dos conventos e a

1926: o Estado foi proibido de "*estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos*" (art. 11, nº 2); os cemitérios públicos continuaram secularizados e municipais, podendo ser usados por fiéis de todos os cultos (art. 72, § 5º); apenas o casamento civil era reconhecido (art. 72, § 4º); e o ensino público foi definido como "*leigo*" (art. 72, § 6º). A liberdade religiosa foi expressamente prevista na Carta: indivíduos e confissões poderiam exercer "*pública e livremente*" seu culto e associar-se para tanto, "*observadas as disposições do direito commum*" (art. 72, § 3º)[176]. Ninguém poderia ser privado de direitos por motivo de crença, nem se eximir de qualquer dever cívico com base nela – o que conduziria à perda dos direitos políticos (art. 72, §§ 28 e 29). Além disso, negaram-se o alistamento eleitoral e a elegibilidade aos integrantes de "*ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade individual*" (art. 70, § 1º, nº 4). Foi durante a Primeira República que finalmente se implantou, no Brasil, o registro civil público[177].

Apesar da separação formal entre o Estado e a religião e da substituição da tolerância pela ampla liberdade religiosa, a realidade ficou muito aquém das promessas jurídicas. É que o pluralismo religioso "se constituiu às avessas no Brasil: não foi fundamento do Estado moderno, mas seu produto"[178]. A onipresença da Igreja Católica[179] fez com que ela continuasse a ser a referência para a definição de *religião* e, embora lutasse contra sua separação do Estado, passou a defender, não propriamente a liberdade religiosa, mas a *sua* liberdade[180]. Já na Carta Pastoral

---

inelegibilidade dos padres). Mas foram igualmente rejeitadas as propostas que pretendiam dar ao catolicismo algum tipo de privilégio. V. LEITE, Fábio Carvalho. *Estado e religião*, cit., p. 182 e ss.

[176] Em 1893, foi editada a Lei nº 173, que regulava a aquisição de personalidade jurídica pelas organizações religiosas, concedendo-lhes ampla autonomia, em termos reiterados posteriormente pelo Código Civil de 1916. No entanto, como o modelo de referência era sempre a Igreja Católica, houve um considerável debate acerca da extensão da ideia de "religião", por exemplo, ao kardecismo – especialmente no que se refere a tratamentos espirituais, tipificados como crime pela legislação da época. V. GIUMBELLI, Emerson. A presença do religioso no espaço público: modalidades no Brasil. *Religião e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, pp. 80-101, 2008, p. 84.

[177] *Ibid.*, p. 81. O registro público, de fato, foi previsto e instituído no fim do Império, mas, por resistência das autoridades eclesiásticas, só foi efetivamente implementado, e com modificações, na República (TELAROLLI JUNIOR, Rodolpho. A secularização do registro dos eventos vitais no Estado de São Paulo, cit., p. 146).

[178] MONTERO, Paula. Religião, pluralismo e esfera pública no Brasil. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 74, pp. 47-65, mar. 2006, p. 63.

[179] Durante o Império, o monopólio da exteriorização e da disseminação da fé pela Igreja Católica produziu um contexto em que "o cotidiano dos indivíduos, sua forma de ver o mundo, bem como suas atividades, costumes e hábitos diários eram impregnados pela sempre presente e constante atividade da Igreja Católica, no centro da cidade, junto à praça, ao som dos sinos, ao ritmo da música sacra, à sombra das imagens" (CIARALLO, Gilson. O tema da liberdade religiosa na política brasileira do século XIX, cit., p. 90).

[180] Daí a afirmação de Emerson Giumbelli de que o debate sobre a autonomia das denominações "versou quase nunca sobre a 'religião' que teria 'liberdade', quase sempre sobre a 'liberdade' de que desfrutaria a 'religião'" – *i.e.*, o catolicismo. V. GIUMBELLI, Emerson, A presença do religioso no espaço público, cit., p. 84. Na mesma

de 1890, o episcopado brasileiro reiterou a rejeição em tese da ideia da separação – um dos "principais erros" da época segundo o *Syllabus* do papa Pio IX (nº 55) –, mas reconheceu suas vantagens[181]. É sintomática disso a opinião, manifestada em 1974, do jesuíta Cândido Santini, acerca do Decreto nº 119A/1890[182]:

> Não há quem não veja as consequências práticas deste decreto, sobretudo para o bem da Igreja. Embora o princípio da separação do Estado e da Igreja de per si deva ser condenado de todo, contudo muito freqüentemente é razoável preferir a separação prática para evitar mal maior, sobretudo quando haja dissensões e intromissão da autoridade civil no campo eclesiástico. Consta pela história que as relações entre a Igreja e o Império do Brasil não foram para o bem das almas, precisamente por não gozar a Igreja da sua liberdade, antes por ter caído em servidão, para o maior dano do próprio Império.
> Por isso o decreto pode ser chamado com razão "a libertação da Igreja", tanto mais que, como já insinuei, por meio dele não transparece nenhuma hostilidade, antes pelo contrário, a propensão da magnanimidade do Governo.

Curiosamente, embora não se apontem registros de perseguições a protestantes pelas autoridades imperiais – ao contrário, evidências sugerem uma considerável tolerância, salvo pelas reações do clero católico[183] –, a República Velha testemunhou episódios de omissões relevantes ou mesmo de perseguições explícitas a fiéis e denominações protestantes[184]. Já nessa época se discutiu sobre a recusa de um cidadão a servir como jurado em um tribunal que ostentasse um crucifixo[185]. O tempo foi particularmente tormentoso para os seguidores do espiritismo, enquadrados em normas penais voltadas à tutela da "saúde pública"[186]. Isso

---

linha, v. MONTERO, Paula. *Op. cit.*, p. 52.

[181] LIMA, Maurilio Cesar de, Mons. *Breve história da Igreja no Brasil*, cit., p. 144.

[182] SANTINI, Cândido. O padroado no Brasil, cit., p. 201.

[183] LEITE, Fábio Carvalho. *Estado e religião*, cit., pp. 177-179.

[184] *Ibid.*, p. 200 e ss.

[185] O requerimento foi encaminhado pelo juiz ao Ministro do Interior, Barão de Lucena, que o indeferiu alegando tratar-se "de um ato de fanática intolerância", porque o crucifixo "não ofende as crenças de quem quer que seja" (*apud* LEITE, Fábio Carvalho. *Estado e religião*, cit., p. 202).

[186] Confiram-se as disposições pertinentes do Código Penal de 1890: "*Art. 156. Exercer a medicina em qualquer dos seus ramos, a arte dentaria ou a pharmacia; praticar a homeopathia, a dosimetria, o hypnotismo ou magnetismo animal, sem estar habilitado segundo as leis e regulamentos: Penas - de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100$ a 500$000.*

Paragrapho unico. Pelos abusos commettidos no exercicio ilegal da medicina em geral, os seus autores soffrerão, além das penas estabelecidas, as que forem impostas aos crimes a que derem causa.

Art. 157. Praticar o espiritismo, a magia e seus sortilegios, usar de talismans e cartomancias para despertar sentimentos de odio ou amor, inculcar cura de molestias curaveis ou incuraveis, emfim, para fascinar e subjugar a credulidade publica: Penas - de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100$ a 500$000.

§ 1º Si por influencia, ou em consequencia de qualquer destes meios, resultar ao paciente privação, ou alteração temporaria ou permanente, das faculdades psychicas: Penas - de prisão cellular por um a seis annos e multa de 200$ a 500$000.

§ 2º Em igual pena, e mais na de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação, incorrerá o medico que directamente praticar qualquer dos actos acima referidos, ou assumir a responsabilidade delles.

motivou uma reação, principalmente dos grupos kardecistas que, mudando sua própria orientação, passaram a defender o caráter religioso de suas práticas, partindo da ideia – tipicamente cristã – de caridade: sem qualquer contraprestação, oferecia-se um tratamento ou uma cura operada por meios sobrenaturais[187]. Enquanto isso, admitia-se a administração religiosa de cemitérios municipais, e símbolos cristãos continuavam a adornar repartições públicas[188]. Aponta-se que, já em 1892, o Apostolado Positivista viu frustrada sua intenção de promover uma homenagem póstuma a Benjamin Constant, por ingerência da administração do cemitério (Santa Casa de Misericórdia)[189]. Outro movimento bastante significativo foi a inserção, em 1922, do dia 25 de dezembro entre os feriados nacionais[190].

Uma Igreja não mais remunerada pelo Estado precisou obter outros meios de subsistência, o que conseguiu fora do País – apelando às organizações católicas – e por meio de sua "estadualização", com a multiplicação das dioceses e a aproximação entre os bispos e as elites locais. Isso ajuda a explicar a volta do ensino religioso nas escolas públicas de Minas Gerais[191]. O mesmo ocorreu no Rio Grande do Sul, mas principalmente para evitar a evasão escolar dos filhos de colonos católicos[192].

Como se vê, se não constituiu mera retórica, a ruptura aparentemente dramática de 1890

Art. 158. Ministrar, ou simplesmente prescrever, como meio curativo para uso interno ou externo, e sob qualquer fórma preparada, substancia de qualquer dos reinos da natureza, fazendo, ou exercendo assim, o officio do denominado curandeiro: Penas - de prisão cellular por um a seis mezes e multa de 100$ a 500$000.
Paragrapho unico. Si o emprego de qualquer substancia resultar á pessoa privação, ou alteração temporaria ou permanente de suas faculdades psychicas ou funcções physiologicas, deformidade, ou inhabilitação do exercicio de orgão ou apparelho organico, ou, em summa, alguma enfermidade: Penas - de prisão cellular por um a seis annos e multa de 200$ a 500$000.

Si resultar a morte: Pena - de prisão cellular por seis a vinte e quatro annos".

[187] GIUMBELLI, Emerson. A presença do religioso no espaço público, cit., p. 84; MONTERO, Paula. Religião, pluralismo e esfera pública no Brasil, cit., pp. 52 e 59.

[188] V. LEITE, Fábio Carvalho. O laicismo e outros exageros sobre a Primeira República no Brasil. *Religião e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, pp. 32-60, 2011; *Id.*, *Estado e religião*, cit., pp. 206-207. Na mesma linha, Emerson Giumbelli aponta que, embora o reconhecimento da colaboração entre o Estado e a religião em 1934 tenha sido uma vitória da Igreja Católica, essa ideia permaneceu "subordinada ao princípio da separação" e apenas "veio a oficializar aproximações que já se faziam dentro do regime constitucional anterior – e desde seus inícios" (GIUMBELLI, Emerson. A presença do religioso no espaço público, cit., p. 82).

[189] GIUMBELLI, Emerson. *O fim da religião*, cit., p. 245.

[190] Decreto nº 4.497/1922 que, apesar do nome, foi aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado pelo Presidente Epitacio Pessôa. Em 1935, a Lei nº 108 preservou o Natal como feriado nacional, assim como o Decreto-Lei nº 486/1938. Os dois diplomas dedicavam o dia 25 de dezembro "à comemoração da unidade espiritual dos povos cristãos".

[191] FONSECA, Alexandre Brasil. *Relações e privilégios:* Estado, secularização e pluralismo religioso no Brasil. Rio de Janeiro: Novos Diálogos, 2011, p. 71.

[192] Sobre isso, em particular, v. LIMA, Maurilio Cesar de, Mons. *Breve história da Igreja no Brasil*, cit., p. 159.

foi acompanhada de uma silenciosa, mas clara reaproximação[193]. Talvez se pudesse dizer que o discurso da laicidade não se propagou muito além das elites políticas do movimento de 1889, dando ensejo a um novo arranjo de colaboração, informal, mas nem por isso irrelevante. Ainda hoje, na doutrina do direito canônico, encontra-se a opinião de que a Proclamação da República não adotou uma liberdade, mas um "privilégio de ateus", em confronto com a "realidade social" e "os verdadeiros sentimentos do povo brasileiro". Daí se dizer que a separação foi "sempre artificial e postiça", tanto que "a partir da sua implantação, começasse a desenvolver-se *um processo de aproximação ascendente*"[194].

A aparência de separação absoluta – ou de "laicismo radical" – da República Velha cedeu espaço a uma realidade em que se via, sim, um grande envolvimento do Estado com a religião – católica, diga-se. Chegou-se a afirmar que "a Constituição não vigora a favor dos acatólicos", tendo-se denunciado a "proteção escandalosa dos governos, das autoridades, ao culto romano"[195]. A própria Igreja reconheceu essa condição na Pastoral Coletiva de 1922: "o atual regime assegura a Igreja certa soma de liberdades que lhe facilitam a dilatação do reinado de Jesus Cristo, e justo é confessarmos que os Poderes Públicos têm procurado aplicar a Constituição de modo não infenso ao Catolicismo que é entre nós a Religião nacional"[196]. Não à toa, afirmava-se à época que, neste particular, "[o] Direito vivo zomba dos textos"[197].

Naturalmente, houve conflitos entre a hierarquia eclesiástica e o Estado republicano, mas estes envolveram, em geral, a administração dos bens das entidades católicas. Uma questão interpretativa – em particular, uma diferença na redação adotada pelo Decreto nº 119A e no texto da Carta de 1891 – deu margem a que as autoridades seculares sustentassem possuir alguma ingerência sobre o tema. O problema foi resolvido administrativamente em 1891, quando José Hygino chegou ao Ministério do Interior e garantiu a liberdade das ordens religiosas no que se refere aos seus bens; e, no plano legislativo, com a aprovação da Lei nº 173/1893 – resultante de um substitutivo do mesmo José Hygino –, que regulamentou a

---

[193] REIS, Jane. A aplicação de regras religiosas de acordo com a lei do Estado: um panorama do caso brasileiro. *Revista da AGU*, v. XIII, n. 41, p. 9-42, jul./set. 2014, p. 13.

[194] LLANO CIFUENTES, Rafael. *Relações entre a Igreja e o Estado:* a Igreja e o Estado à luz do Vaticano II, do Código de Direito Canônico de 1983 e da Constituição brasileira de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989, p. 242. Segundo o autor, a expressão "privilégio de ateus" foi usada por Mário de Lima.

[195] A primeira expressão é de Pedro Tarsier, em obra de 1939, e a segunda, de Nicolau Soares Couto, de 1900. Ambas foram extraídas de GIUMBELLI, Emerson. *O fim da religião*, cit., p. 245.

[196] *Apud* SOARES, Edvaldo. *Pensamento católico brasileiro:* influências e tendências. Marília: Oficina Universitária; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014, p. 51.

[197] A frase é atribuída a Lacerda de Almeida, sendo transcrita em GIUMBELLI, Emerson. *O fim da religião*, cit., p. 246.

aquisição de personalidade jurídica por "*associações que se fundarem para fins religiosos, moraes, scientíficos, artísticos, políticos, ou de simples recreio*" e garantiu sua plena capacidade[198]. Estando em jogo a possibilidade de sucessão de bens da Igreja pelo Estado, alguns outros conflitos se observaram, mas a tendência foi a estabilização do tema[199]. O modelo adotado em 1893 foi confirmado e consolidado pelo Código Civil de 1916, que inseriu as entidades religiosas no grupo mais amplo das "sociedades civis" (art. 16, I).

1.2.4 "Neocristandade"

A partir dos anos 1920[200], a Igreja substituiu a postura defensiva que havia assumido no que se refere à laicidade do Estado pelo engajamento em uma "Restauração Católica", de perfil conservador, tendente a reafirmar a moralidade cristã como base da sociedade[201].

Como fora apenas aparente o rompimento com a religião na República Velha, pode-se dizer que a Carta de 1934 – para a qual contribuiu uma Igreja organizada politicamente – só formalizou a situação que existia: retomou a invocação de Deus no Preâmbulo, omitida em 1891; passou a admitir a "colaboração recíproca" entre o Estado e as denominações religiosas "em prol do interesse coletivo" (art. 17, III); permitiu que as confissões tivessem seus próprios cemitérios (art. 113, nº 7); concedeu ao casamento religioso os mesmos efeitos do civil caso seguidas certas formalidades (art. 146); estabeleceu que os eclesiásticos prestariam serviço militar oferecendo assistência espiritual e hospitalar às Forças Armadas (art. 163, § 3º); previu o ensino religioso, de matrícula facultativa, nas escolas públicas (art. 153); e manteve a representação diplomática do País junto à Santa Sé (art. 176).

Em 1937, a menção a Deus desapareceu, assim como a ideia de colaboração (art. 32, *b*),

---

[198] GIUMBELLI, Emerson. *O fim da religião*, cit., p. 255 e ss.

[199] Curiosamente, a saída encontrada pela Igreja foi impor uma série de previsões estatutárias às ordens e congregações, vinculando-as ainda mais à hierarquia e à Santa Sé, para evitar a aquisição de propriedades pelo Estado. Isso gerou, por natural, conflitos entre os próprios religiosos, que não raro recorriam à jurisdição civil. Um episódio particularmente marcante ocorreu em 1903: depois de buscar a justiça secular, o abade do Mosteiro de São Bento no Rio de Janeiro foi excomungado e o prédio chegou a ser ocupado por tropas militares (*Ibid.*, p. 265-266).

[200] A expressão *neocristandade* é empregada por GIUMBELLI, Emerson. *O fim da religião*, cit., p. 239, e corresponde ao período em que se formou um "novo pacto" entre a Igreja Católica, ao menos em parte oficioso. Ele vai de 1930 ao fim da década de 1960, quando as críticas ao regime militar por parte do clero estremeceram as relações entre eles.

[201] MONTES, Maria Lucia. *As figuras do sagrado*, cit., p. 18.

salvo quanto à oferta do ensino religioso – prevista, contudo, como mera faculdade do Estado – no sistema público de educação (art. 133). A Carta de 1937, porém, foi a primeira a prever, em favor dos trabalhadores, "no limite das exigências técnicas da empresa", o direito ao repouso remunerado "nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local" (art. 137, *d*)[202]. Durante o Estado Novo, a Igreja Católica manteve um "bom relacionamento com o governo getulista", tendo recebido dele "discreto apoio em eventos", como na inauguração da estátua do Cristo Redentor e na coroação da imagem de Nossa Senhora Aparecida[203]. Há indícios relevantes de que o regime considerava a Igreja um aliado importante na sua tentativa de legitimação[204]. No entanto, a ideologia nacionalista do Estado Novo por vezes chocou-se com interesses religiosos – inclusive com o internacionalismo católico – no propósito de "assimilar" comunidades estrangeiras. Um decreto-lei dedicado ao tema, em meio a exigências de promoção de "solenidades cívicas e manifestações patrióticas", chegou a proibir que prédicas religiosas fossem realizadas em línguas estrangeiras[205]. Também é digna de nota a lamentável postura do Governo Vargas, apoiada por intelectuais católicos e integralistas, de restringir a entrada de judeus no Brasil por fundamentos racistas, com base em circulares secretas enviadas às autoridades consulares no exterior[206].

No Código Penal de 1940, foram tipificadas as condutas de (i) *ultraje a culto e impedimento ou perturbação de ato a ele relativo* (art. 208); (ii) *impedimento ou perturbação de cerimônia funerária* (art. 209); (iii) *violação de sepultura* (art. 210); (iv) *destruição, subtração ou ocultação de cadáver* (art. 211); e (v) *vilipêndio a cadáver* (art. 212). Embora esses tipos sejam genéricos e se voltem, em princípio, a todas as religiões, o Código previu – e

---

[202] O Decreto-Lei nº 2.308/1940 vedava o trabalho em feriados nacionais, cabendo às autoridades regionais declarar os dias de guarda segundo as tradições locais. Essa disposição foi colhida, em 1943, pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que previu, em seu art. 70: "Salvo o disposto nos arts. 68 e 69, é vedado o trabalho em dias feriados nacionais. A autoridade regional competente em matéria de trabalho declarará os dias em que, por força de feriado local ou dias santos de guarda, segundo os usos locais, não deva haver trabalho, com as ressalvas constantes dos artigos citados". A redação atual do dispositivo, dada pelo Decreto-Lei nº 229/1967, é a seguinte: "Salvo o disposto nos artigos 68 e 69, é vedado o trabalho em dias feriados nacionais e feriados religiosos, nos termos da legislação própria". Em 1944, o Decreto-Lei nº 6.459 definiu caber às autoridades municipais propor aos Estados as datas dos dias santos, atestando o "costume" relativo a sua guarda (art. 2º).

[203] LIMA, Maurilio Cesar de, Mons. *Breve história da Igreja no Brasil*, cit., p. 162.

[204] Nos projetos de uma Organização Nacional da Juventude – criada, posteriormente, apenas como Juventude Brasileira, sem os contornos militaristas pretendidos –, foi objeto de crítica, tanto pelo Ministro da Guerra quanto por Alzira Vargas (filha do Presidente), a excessiva aproximação com a Igreja Católica (inclusive com exigência do culto católico). V. BOMENY, Helena M. B. Três decretos e um ministério: a propósito da educação no Estado Novo. In: PANDOLFI, Dulce (Org.). *Repensando o Estado Novo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 148 e ss.

[205] Decreto nº 1.545/1939, art. 16.

[206] MIZRAHI, Rachel. *Judeus*, cit., p. 49 e ss.

ainda prevê – a figura do *curandeirismo* (art. 284), que gera vários questionamentos ainda hoje, especialmente quanto a manifestações religiosas indígenas ou minoritárias em geral.

Após a Segunda Guerra Mundial, surgiu no Brasil um novo tipo de "protestantismo de massa", cuja expansão foi financiada principalmente por igrejas norte-americanas. Essa é a origem de igrejas como a do Evangelho Quadrangular e a Assembleia de Deus. Somente então o protestantismo começou a incomodar seriamente a Igreja Católica, que passou a combatê-lo junto com seus "inimigos" já tradicionais: o kardecismo e o "baixo espiritismo" – designação que se dava às religiões afro-brasileiras[207].

A cooperação entre o Estado e a religião voltou a estar prevista formalmente na Constituição de 1946 (art. 31, II), que manteve o direito dos trabalhadores ao repouso nos feriados religiosos (art. 157, VI)[208] e retomou a linha da Carta de 1934 quanto à invocação de Deus no Preâmbulo; à liberdade religiosa e à objeção de consciência (art. 141, §§ 7º e 8º); aos cemitérios instituídos pelas denominações religiosas (art. 141, § 10); aos efeitos civis do casamento religioso (art. 163, §§ 1º e 2º); à assistência religiosa, que alcançaria as Forças Armadas e os "estabelecimentos de internação coletiva" (arts. 141, § 9º, e 181, § 2º); ao ensino religioso nas escolas públicas (art. 168, V); e à representação diplomática junto à Santa Sé (art. 196). Previu, ainda, a imunidade tributária dos templos (art. 31, V, *b*). A Lei nº 662/1949, que instituiu os feriados nacionais, incluiu o dia 25 de dezembro, em que os cristãos celebram o Natal.

Em linhas gerais, os termos da Carta de 1946 foram mantidos nas Constituições de 1967 e 1969 – que indicavam, porém, que a colaboração entre o Estado e as denominações seria permitida "notadamente nos setores educacional, assistencial e hospitalar" (v., em ambas, art. 9º, II)[209]. Apesar disso, durante todo o período que vai do Estado Novo à década de 1970, observa-se uma grande repressão a cultos de matriz africana, associados à violência, à superstição, à fraude e às drogas. Muitos terreiros passaram a se definirem como "espíritas"

---

[207] MONTES, Maria Lucia. *As figuras do sagrado*, cit., p. 25.

[208] A Lei nº 605/1949 definiu que feriados religiosos seriam aqueles declarados como dias de guarda pelos Municípios, de acordo com "a tradição local", e em número não superior a sete (art. 11). O limite foi reduzido para quatro – aí incluída a Sexta-Feira da Paixão dos cristãos – pelo Decreto-Lei nº 86/1966. A regra permanece vigente, tendo como fundamento, contudo, o art. 2º da Lei nº 9.093/1995.

[209] Sobre a imunidade tributária dos templos, v., na Constituição de 1967, o art. 20, III, *b*, e na de 1969, o art. 19, III, *b*; sobre os efeitos civis do casamento religioso, v., na Carta de 1967, o art. 167, §§ 2º e 3º, e na de 1969, o art. 175, §§ 2º e 3º; sobre a prestação da assistência religiosa, v. na Constituição de 1967, o art. 150, § 7º, e na 1969, o art. 153, § 7º; sobre o ensino religioso nas escolas públicas, v. na Carta de 1967, o art. 168, § 3º, IV, e na de 1969, o art. 176, § 3º, V; sobre o repouso remunerado (não mais limitado às exigências técnicas das empresas), v., na Constituição de 1967, o art. 158, VII, e na de 1969, o art. 165, VII. Esses diplomas não mencionam a representação junto à Santa Sé.

para evitar a perseguição da polícia[210], exigindo-se autorização administrativa ou mesmo registro policial para seu funcionamento[211].

A Ditadura Militar se iniciou com o apoio da hierarquia católica. A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) publicou uma declaração em que os clérigos, embora dúbios na esperança de um futuro justo, rendendo "graças a Deus, que atendeu às orações de milhares de brasileiros e nos livrou do perigo comunista", agradeciam "aos militares que, com grave risco de suas vidas, se levantaram em nome dos supremos interesses da Nação"[212]. Segundo alguns autores, nessa época o catolicismo se tornou uma *religião oficial de fato* do Estado e das elites brasileiras[213]. Talvez seja uma boa prova disso a Lei nº 6.802/1980, que declarou "feriado nacional o dia 12 de outubro, para culto público e oficial a Nossa Senhora Aparecida, Padroeira do Brasil" (art. 1º). Além disso, segundo as normas do cerimonial público, aprovadas em 1972, os "Cardeais da Igreja Católica, como possíveis sucessores do Papa, têm situação correspondente à dos Príncipes herdeiros"[214]. Nada obstante, não se pode ignorar a atuação decisiva do clero católico contra os abusos do regime – que rendeu, inclusive, uma segunda "questão religiosa", pondo fim ao período da "neocristandade"[215].

A realidade religiosa brasileira já era bem diferente a essa época[216]. Uma das marcas do catolicismo barroco no Brasil era a relativa permissividade com símbolos relacionados com tradições indígenas e africanas, que se incorporavam a festas populares e devoções do povo português. Na Colônia e no Império, esse sincretismo facilitou a penetração da doutrina católica nas camadas mais excluídas da população – inclusive os escravos e seus descendentes – não só pela combinação de imagens e representações, mas também pelo caráter mágico de algumas práticas. No entanto, a partir da década de 1930, essa mistura foi objeto de grande perseguição pela própria Igreja Católica. O movimento reformador que se iniciou na Europa medieval

---

[210] MONTERO, Paula. Religião, pluralismo e esfera pública no Brasil, cit., p. 53 e ss.

[211] Provocado por um grupo umbandista da Paraíba, e sem fazer juízo de valor sobre o pleito, o Procurador-Geral da República ajuizou uma representação no Supremo Tribunal Federal contra uma lei daquele Estado, editada em 1966, que exigia a autorização da Secretaria de Segurança Pública para o funcionamento de cultos afro-brasileiros. O pedido perdeu objeto pela revogação do diploma, mas o parecer da PGR – elaborado pelo então Procurador José Francisco Rezek – indicava que a ausência de hierarquia formal nessas instituições religiosas justificaria um controle mais intenso por parte do Estado. V. STF, *DJ* 22 nov. 1985, Rp 959/PB, Rel. Min. Aldir Passarinho.

[212] *Apud* CNBB afirma que golpe de 1964 foi um "erro histórico". *Folha de S. Paulo* 3 abr. 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/04/1435249-cnbb-diz-que-golpe-de-1964-foi-erro-historico.shtml>. Acesso em: 3 abr. 2016.

[213] Citando Della Cava, v. GIUMBELLI, Emerson. *O fim da religião*, cit., p. 239.

[214] Decreto nº 70.274/1972, art. 14.

[215] GIUMBELLI, Emerson. *O fim da religião*, cit., p. 239.

[216] Todo este parágrafo se baseia na análise de MONTES, Maria Lucia. *As figuras do sagrado*, cit., p. 48-74.

alcançou seu ápice, no Brasil, no esforço de romanização que procurou reduzir a pompa e os festejos, e dar à religião um caráter mais íntimo, introspectivo e sóbrio. Paradoxalmente, nos anos de 1970, a "opção pelos pobres" afastou a hierarquia católica ainda mais da população, com a desritualização e a simplificação dos cultos. Isso – que caracteriza uma *protestantização* do catolicismo – acabou afastando a Igreja das camadas populares, que se deslocaram muitas vezes para denominações evangélicas. Muitas igrejas protestantes, por sua vez, sofreram um processo simétrico de *catolicização*, adotando rituais e curas mágicas, em particular com a ressignificação dos símbolos e entidades afro-brasileiras como representações do Diabo, exorcizadas em grandes eventos. A tal ponto que se chega a chamar de *macumbeiras* algumas dessas confissões[217].

1.2.5 De lá para cá, daqui para lá: algumas reflexões

A Constituição de 1988 confirmou e aprofundou a tradição brasileira: o Estado é laico e a liberdade de religião – não a mera tolerância – é igualmente garantida a todas as pessoas. Ainda assim, no entanto, não se impõe uma separação radical entre o domínio do político e o do religioso – ao contrário, permanece viável a cooperação entre o Poder Público e as denominações religiosas. Os discursos de matriz teológica não são nem encorajados nem desprezados pelo Estado, que os respeita como expressão sincera da autonomia ética dos cidadãos. É essa, pelo menos, a linha tendencial indicada pelos valores a serem expostos mais adiante, à luz da qual devem ser reconstruídas as disposições relativas à liberdade religiosa e à laicidade estatal.

No entanto, entre o discurso e a prática ainda há uma grande disparidade. Os exemplos se multiplicam. Por um lado: embora a Carta garanta a todos a assistência religiosa nas Forças Armadas, os cargos, remunerados, só são preenchidos por católicos e evangélicos, o que já

[217] O principal foco dos estudos é a Igreja Universal do Reino de Deus (IURD), qualificada não só como *macumbeira*, mas também como uma igreja *religiofágica* – por incorporar elementos de outras denominações (teologia da prosperidade, estrutura episcopal) – e *exacerbadora* – por amplificar esses e outros elementos (igrejas grandiosas, controle de meios de comunicação). A ideia de uma igreja macumbeira está associada à prática de rituais semelhantes aos adotados em religiões afro-brasileiras, como as "sessões do descarrego" em que "encostos" são expulsos. V. ORO, Ari Pedro. Intolerância religiosa Iurdiana e reações afro no Rio Grande do Sul. In: SILVA, Vagner Gonçalves (Org.). *Intolerância religiosa:* impactos do neopentecostalismo no campo religioso afro-brasileiro. São Paulo: Edusp, 2007, especialmente p. 46 e ss.

motivou a propositura ao menos de uma ação pelo Ministério Público Federal[218]; o indulto de Natal continua sendo uma tradição no País[219]; o Banco Central do Brasil (BACEN) ordenou a reinserção da expressão "Deus seja louvado" nas cédulas de Real[220]; o Conselho Nacional de Justiça considerou legítima a exibição de crucifixos nos órgãos judiciais[221]; o Regimento Interno da Câmara dos Deputados exige a presença da Bíblia durante as sessões[222] e, tal como o do Senado, determina que estas sejam abertas com a invocação da proteção de Deus[223]; por resolução, a Assembleia Legislativa do Estado do Amapá prevê a disponibilização de duas Bíblias em suas dependências, "suspensas por pedestal", no hall da entrada e na sala de acesso ao Plenário[224]; os parlamentares paraibanos reservaram, por lei, cinco minutos para reflexão sobre um versículo da Bíblia antes de cada sessão[225]; cultos evangélicos e católicos ocorrem dentro da Assembleia Legislativa fluminense[226]; a Câmara dos Deputados aprovou projeto que obriga todas as bibliotecas públicas no País a terem "1 (um) exemplar, no mínimo, da Bíblia

---

[218] V. MPF pede anulação de concurso para capelães da Aeronáutica. *G1* 13 out. 2010. Disponível em: <http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2010/10/mpf-pede-na-justica-anulacao-de-prova-para-capelaes-da-aeronautica.html>. Acesso em: 2 abr. 2016. O caso chegou ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que considerou válidos o edital e a lei que o embasou (TRF – 1ª Região, *DJ* 12 fev. 2016, Apelação Cível 0047405-03.2010.4.01.3400, Relª. Juíza Fed. Maria Cecília de Marco Rocha).

[219] V., *e.g.*, Decreto nº 8.615/2015, Preâmbulo: "[...] considerando a tradição, por ocasião das festividades comemorativas do Natal, de conceder indulto às pessoas condenadas ou submetidas a medida de segurança e de comutar penas de pessoas condenadas [...]".

[220] A expressão, que não foi inserida nas primeiras cédulas de Real, passou a constar do padrão nos termos do Comunicado nº 4.050/1994, do BACEN. Historicamente, segundo a imprensa, "a expressão foi incluída em 1986, por determinação direta do então presidente da República, José Sarney, hoje senador pelo PMDB. A expressão foi mantida pelo então ministro da Fazenda, Fernando Henrique Cardoso, em 1994, quando o país adotou o real como moeda. Cardoso alegou [...] que se tratava de uma 'tradição da cédula brasileira'" (MPF pede retirada da frase "Deus seja louvado" das cédulas de reais. *O Globo* 12 nov. 2012. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/mpf-pede-retirada-da-frase-deus-seja-louvado-das-cedulas-de-reais-6707947>. Acesso em: 2 abr. 2016. O pedido foi julgado improcedente em primeira instância e aguarda apreciação pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região. V. 7ª Vara Federal de São Paulo, Processo nº 0019890-16.2012.4.03.6100, j. 10 jun. 2013. A sentença pode ser consultada em: <http://s.conjur.com.br/dl/deus-seja-louvado-justica-federal.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2016.

[221] MIURA, Douglas. Uso de crucifixo não fere caráter laico do Estado, decide CNJ. *Consultor Jurídico* 29 maio 2007. Disponível em: <https://goo.gl/uCC0W9>. Acesso em: 2 abr. 2016.

[222] Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 79, § 1º: "A Bíblia Sagrada deverá ficar, durante todo o tempo da sessão, sobre a mesa, à disposição de quem dela quiser fazer uso".

[223] Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 79, § 2º: "Achando-se presente na Casa pelo menos a décima parte do número total de Deputados, desprezada a fração, o Presidente declarará aberta a sessão, proferindo as seguintes palavras: 'Sob a proteção de Deus e em nome do povo brasileiro iniciamos nossos trabalhos'"; RI/SF, art. 155, § 1º: "Ao declarar aberta a sessão, o Presidente proferirá as seguintes palavras: 'Sob a proteção de Deus iniciamos nossos trabalhos'".

[224] Resolução nº 36/1994, da Assembleia Legislativa do Estado do Amapá.

[225] RANQUETAT JÚNIOR, Cesar Alberto. A presença da Bíblia e do crucifixo em espaços públicos no Brasil: religião, cultura e nação. In: ORO, Ari Pedro et al. (Orgs.). *A religião no espaço público:* atores e objetos. São Paulo: Terceiro Nome, 2012, p. 72.

[226] DAMASCENO, Natanael. Assembleia também de Deus. *O Globo*, 28 mar. 2013, p. 8.

Sagrada", sem qualquer exigência semelhante em favor de textos de outras religiões[227]; em Ilhéus/BA, uma lei exige que os alunos das escolas municipais rezem o "Pai Nosso" antes das aulas[228]; e tem-se multiplicado a construção de "monumentos à Bíblia" em diversas cidades do Brasil[229].

Por outro lado: ainda hoje os templos de candomblé têm dificuldade de ter a imunidade tributária reconhecida e seus casamentos não são reconhecidos pelos cartórios públicos[230].

---

[227] BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2685-C de 2008 (Redação Final). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=625581&filename=Tramitacao-PL+2865/2008>. Acesso em: 3 set. 2016. O autor do projeto foi o Deputado Federal Filipe Pereira e a redação final foi apresentada pelo Deputado Federal Nelson Tradução de O texto seguiu para o Senado Federal, onde foi arquivado com o fim da legislatura. Embora a justificativa do projeto apontasse a "sólida tradição cristã" do Brasil, bem como o propósito específico de "atender aspirações da comunidade cristã relacionadas com o melhor conhecimento da sua doutrina religiosa", o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania sem sequer menção ao princípio da laicidade do Estado. Por sua vez, a Comissão de Educação e Cultura aplaudiu a ideia de garantir o acesso à Bíblia, definida como "livro de regra e fé que propicia contato com princípios éticos e morais e com valores cristãos de grande importância para os que seguem a doutrina cristã" (BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Parecer (Projeto de Lei nº 2685 de 2008). Relator: Deputado Federal Carlos Willian. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=610003&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+2865/2008>. Acesso em: 3 set. 2016; *Id.* Comissão de Educação e Cultura. Parecer (Projeto de Lei nº 2685 de 2008). Relator: Deputado Federal Professor Sétimo. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=574193&filename=PRL+1+CE+%3D%3E+PL+2865/2008>. Acesso em: 3 set. 2016). No Senado, o projeto chegou a receber o parecer dos Senadores Marcelo Crivella e Eduardo Lopes, na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que, em textos muito semelhantes, defenderam que o texto não violaria a laicidade, entre outros motivos porque não faria sentido exigir igualdade entre denominações quando umas são apoiadas pela grande maioria dos brasileiros e outras, não. Propuseram, ainda, ajustes no projeto, inclusive para punir os servidores que se mostrassem desidiosos no cumprimento de suas determinações (BRASIL. Senado Federal. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Parecer (Projeto de Lei da Câmara nº 16, de 2009). Relator: Sen. Marcelo Crivella. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=94091&c=RTF&tp=1> Acesso em: 3 set. 2016; *Id*. Parecer (Projeto de Lei da Câmara nº 16, de 2009). Relator: Sen. Eduardo Lopes. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=144275&c=PDF&tp=1> Acesso em: 3 set. 2016; *Id.* Parecer (Projeto de Lei da Câmara nº 16, de 2009). Relator: Sen. Marcelo Crivella. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=149143&c=PDF&tp=1> Acesso em: 3 set. 2016).

[228] A execução da lei foi suspensa por decisão do Des. Clésio Rômulo Carrilho Rosa do Tribunal de Justiça da Bahia. V. JUSTIÇA suspende efeitos da 'Lei do Pai Nosso' em Ilhéus, diz MP-BA. *G1*, 17 abr. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/bahia/noticia/2012/04/justica-suspende-efeitos-da-lei-do-pai-nosso-em-ilheus-diz-mp-ba.html>. Acesso em: 3 set. 2016.

[229] RANQUETAT JÚNIOR, Cesar Alberto. A presença da Bíblia e do crucifixo em espaços públicos no Brasil, cit., p. 73 e ss.

[230] GIUMBELLI, Emerson. A presença do religioso no espaço público, cit., p. 85. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já reconheceu a validade de uma certidão de casamento emitida por organização religiosa da umbanda. V. TJRS, Apelação Cível nº 70003296555, de Porto Alegre, j. 27 jun. 2002, Rel. Des. Rui Portanova. Como o feito está em segredo de justiça, não é possível confirmar o inteiro teor do acórdão. Segundo a ementa, contudo, parece que não foram concedidos efeitos civis ao casamento religioso, tendo sido este utilizado apenas para se reconhecer a existência de uma união estável – tanto que se aplica o § 3º, e não o § 2º, do art. 226 da Constituição: "Reconhecimento de união estável a partir de – e principalmente – casamento religioso devidamente provado com certidão fornecida por federação que congrega casas onde se cultua religião afro-brasileira. Aplicação do par-3 do art-266 [sic] da Constituição Federal". No entanto, notícia sobre o tema afirma que o relator da apelação teria registrado tratar-se de efetivo casamento e afirmado: "O casamento no candomblé ou na umbanda tem o mesmo valor dos casamentos realizados nas religiões católicas e israelitas. Não devemos valorar mais os pactos realizados em grandes sinagogas ou catedrais pomposas, pelo fato de o casamento ter sido realizado em

Além disso, há o registro de uma ação direta, proposta pela Procuradoria-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul, contra uma lei estadual que afirmava a licitude do abate ritual de animais em cultos afro-brasileiros[231]. Ainda é comum a discriminação de umbandistas e candomblecistas: no Rio de Janeiro, um aluno supostamente teve seu ingresso proibido em uma escola municipal por usar uma guia de candomblé[232], e multiplicam-se as denúncias de vandalismo contra terreiros[233]. Em contrapartida, gerou polêmica a concessão de passaportes diplomáticos para o Missionário R. R. Soares e sua esposa, cristãos, o que levou à suspensão da medida por ordem judicial proferida em ação popular[234].

Repassado todo esse panorama histórico, o que se pode concluir é que há uma grande continuidade entre a afirmação jurídico-constitucional da laicidade do Estado e da liberdade religiosa no Brasil, de um lado, e um *status* privilegiado *de facto* do cristianismo, de outro. Os laços tradicionais entre o Poder Público e o catolicismo, secundados pela repressão direta ou escamoteada de outras crenças e convicções, certamente contribuem para isso – a ponto de se falar em "cultura católico-brasileira" ou "bíblico-católica"[235]. Como aponta o antropólogo Ari Pedro Oro[236],

> historicamente o catolicismo tornou-se a moldura do sistema de crenças brasileiro, ao qual as outras religiões de alguma forma se relacionam e se reportam, seja pela prática do sincretismo seja pelo diálogo, e mesmo pela apropriação, de seus símbolos, imagens, representações,

terreiros. Em todas essas cerimônias, o que está em questão é a fé que cada um dos parceiros tem numa força sobrenatural. Além disso, vale também, a confiança nos padres, pais de santos, rabinos e pastores, legítimos representantes das entidades dignas da fé de cada um" (*apud* LEIA os fundamentos do TJ-RS para validar o casamento na Umbanda. *Consultor Jurídico*, 28 jun. 2002. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-jun-28/tj_gaucho_reconhece_casamento_celebrado_umbanda>. Acesso em: 16 ago. 2016).

[231] O pedido foi julgado improcedente pelo Tribunal de Justiça. V. TJRS, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70010129690, de Porto Alegre, j. 18 abr. 2005, Rel. Des. Araken de Assis. O acórdão foi impugnado em sede de recurso extraordinário, ainda pendente de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal (RE 494.601/RS, Rel. Min. Marco Aurélio).

[232] BERTA, Ruben. Prefeitura apura por que aluno com guia de candomblé foi barrado por diretora. *O Globo*, 2 set. 2014. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/prefeitura-apura-por-que-aluno-com-guia-de-candomble-foi-barrado-por-diretora-13811050>. Acesso em: 24 jul. 2016.

[233] V., *e.g.*, LÍDER religiosa denuncia vandalismo contra terreiro na região norte da BA. *G1*, 15 jul. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/bahia/noticia/2015/07/lider-religiosa-denuncia-vandalismo-contra-terreiro-na-regiao-norte-da-ba.html>. Acesso em: 24 jul. 2016; SOARES, Thiago. Dois terreiros de candomblé são incendiados no Entorno do DF. *Correio Braziliense*, 12 set. 2015. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2015/09/12/interna_cidadesdf,498369/dois-terreiros-de-religioes-afros-sao-incendiados-no-entorno-no-df.shtml>. Acesso em: 24 jul. 2016.

[234] COUTINHO, Mateus. Justiça manda R.R. Soares entregar passaporte diplomático. *Estadão*, 7 jul. 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/justica-manda-r-r-soares-entregar-passaporte-diplomatico/>. Acesso em: 24 jul. 2016.

[235] ORO, Ari Pedro. Liberdade religiosa no Brasil: as percepções dos atores sociais. In: ORO, Ari Pedro et al. (Orgs.). *A religião no espaço público:* atores e objetos. São Paulo: Terceiro Nome, 2012, p. 188.

[236] *Ibid.*, pp. 188-189.

orações, hinos, rituais etc.

Pesquisas indicam que, embora alguns grupos tenham conquistado maior aceitação e hoje vivam sua liberdade sem maiores sobressaltos (como os kardecistas e os evangélicos históricos)[237], outros – notadamente os de matriz afro-brasileira – continuam sendo alvo de preconceitos, a que se acrescentam frequentes atos de violência (*e.g.*, destruição de terreiros e imagens), aparentemente inspirados por confissões neopentecostais. Isso é reconhecido pelos próprios católicos, que admitem a histórica discriminação positiva da sua denominação no Brasil, bem como as dificuldades que os outros grupos têm no que se refere à liberdade religiosa[238].

A força numérica dos cristãos sempre foi impressionante. O Censo Demográfico de 2010[239] apurou que 64,6% da população eram católicos e 22,2%, evangélicos. A diminuição da adesão ao catolicismo é evidente – eram 99,7% da população em 1872 e ainda em 1970 correspondiam a 91,8% –, mas o crescimento ainda mais expressivo dos evangélicos (61,45% em dez anos) mantém o Brasil como um país em que predomina largamente o cristianismo: considerando só essas duas filiações, já se chega a 86,8% da população (cerca de seis em cada sete habitantes). Convertido em votos e pressão política, esse peso demográfico – que sempre serviu à Igreja Católica –, hoje pode se pôr a serviço das denominações cristãs em geral, ao menos nas agendas que têm em comum.

Talvez isso ajude a explicar também a naturalização de crenças, comportamentos e símbolos cristãos (e católicos), enquanto rituais e dogmas de outras denominações seguem sob suspeita ou enfrentam maiores dificuldades. Assim, a presença de um crucifixo ou da Bíblia é curiosamente tratada como algo singelo, que remeteria não a valores particulares de um grupo, mas a elementos de uma moral universal[240]. Para Carlos Francisco Gross, Juiz de Vara Criminal de Porto Alegre, o crucifixo passa a ideia de que "a situação de ser parte de um processo é muito sofrida, [...] é um local pesado, onde o sofrimento humano aparece"[241]. Wambert Di Lorenzo,

---

[237] Categoria em que se costumam incluir os luteranos, adventistas, batistas, metodistas e presbiterianos.

[238] Confira-se o estudo conduzido por ORO, Ari Pedro. Liberdade religiosa no Brasil, cit., p. 181-193.

[239] Dados extraídos de: NÚMERO de evangélicos aumenta 61% em 10 anos, aponta IBGE. *G1* 26 jun. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/06/numero-de-evangelicos-aumenta-61-em-10-anos-aponta-ibge.html>. Acesso em 3 abr. 2016.

[240] GIUMBELLI, Emerson. Crucifixos em recintos estatais e monumento do Cristo Redentor: distintas relações entre símbolos religiosos e espaços públicos. In: ORO, Ari Pedro et al. (Orgs.). *A religião no espaço público:* atores e objetos. São Paulo: Terceiro Nome, 2012, p. 51.

[241] Trecho de uma entrevista dada em 13 ago. 2009, extraída de RANQUETAT JÚNIOR, Cesar Alberto. A presença da Bíblia e do crucifixo em espaços públicos no Brasil, cit., p. 67.

Professor de Filosofia do Direito da PUC/RS, sustentou, por sua vez, que, em primeiro lugar, o "crucifixo [...] expressa o povo", de modo que, diante dele, "a primeira coisa que se lembra é que aquele Estado ou aquele ambiente estatal está a serviço daquela sociedade". Em segundo lugar, tratar-se-ia da memória do julgamento de Jesus, "uma das maiores injustiças da história do Ocidente". Nessas condições, para ele, o crucifixo poderia ser substituído pelo "busto de Sócrates"[242]. Em 1987, na Assembleia Constituinte, defendeu-se que a Bíblia seria "um livro que serve a todos os credos"[243]. O mesmo se disse em 2009 na inauguração de um monumento ao Livro, que foi apontado como um "símbolo sagrado, que representa todas as religiões"[244].

Não é o momento de apreciar a validade constitucional dessas afirmações. Por ora, interessa apenas destacar que são sempre cristãos que as proferem e não há registro de ateus, muçulmanos ou judeus insistindo na aposição de crucifixos em repartições públicas. Da mesma forma, parece improvável que a substituição do crucifixo por uma imagem de Iemanjá, ou da Bíblia pelo Corão, seria acompanhada de idêntica defesa pela maioria cristã. A questão, portanto, não é de símbolos que remetem a valores nacionais ou universais – até porque a Constituição, as armas da República e talvez a balança da justiça seriam suficientes para isso –, mas da tentativa de justificar a presença de um símbolo sectário como expressão de uma moral compartilhada. Mais direto parece ter sido o Deputado Federal Magno Malta, ao defender a leitura diária de um versículo bíblico na Câmara: "Nós pertencemos a um país cristão; a quase totalidade desta Casa é cristã. Por que não dar um testemunho público disso?"[245]. É possível discutir se o maior número deve ser o critério decisivo nesta matéria. Mas a questão, sem dúvida, assume outros contornos quando, em vez de um símbolo universal, entra em cena um elemento claramente religioso, apresentado e defendido como tal.

O que a História do Brasil mostra, pelo que se pôde apurar, é que nunca houve uma ruptura da sociedade brasileira com o cristianismo. O divórcio entre o Estado e a Igreja foi proclamado ainda no século XIX, mas a força política dos cristãos (e dos católicos em particular) não tardou a promover uma dissociação entre *law in action* e *law on the books* a tal ponto que se pôde falar no catolicismo como *religião oficiosa* do Brasil. Nem a ebulição da Revolução Francesa, nem o particular desenvolvimento da colonização e do federalismo dos EUA tiveram qualquer paralelo em terras brasileiras. Jamais houve uma desconfiança

---

[242] Passagem de entrevista dada em 12 jul. 2009, transcrita em RANQUETAT JÚNIOR, Cesar Alberto. A presença da Bíblia e do crucifixo em espaços públicos no Brasil, cit., p. 66.

[243] As palavras são do Deputado Orlando Pacheco (*apud Ibid.*, p. 71).

[244] Frase do Prefeito de Imbituba/SC (*apud Ibid.*, p. 75).

[245] *Apud Ibid.*, p. 72.

generalizada com as igrejas cristãs ou, muito menos, um conflito aberto, como no México[246]. Sua situação sempre foi de absoluta primazia, numérica e política – o que parece mais relevante é a migração *dentro* do cristianismo, e não seu esvaziamento. Na prática, isso gera um estatuto diferenciado para os cristãos, que têm o privilégio de ver seus símbolos e doutrinas transformados na expressão de valores supostamente universais e, assim, naturalizados e endossados pelo Estado[247], enquanto a minoria – especialmente as religiões de matriz africana – ainda enfrenta hoje dificuldades semelhantes às que viviam no início do século XX.

Todas essas considerações são feitas com o propósito exclusivo de acender uma "luz amarela" quando da interpretação constitucional das disposições envolvendo a religião. A interferência da pré-compreensão é inevitável em alguma medida, mas é preciso tomar cuidado para que a participação do intérprete na conformação do direito não degenere em mero veículo para a promoção de ideais sectários ou manifestação de preconceitos. O ponto é particularmente relevante para juízes e agentes públicos em geral, cuja autoridade pode se traduzir em efetiva discriminação estatal, positiva ou negativa – o que poderia ser uma compreensão enviesada do direito. Essas observações recomendam, ainda, um exame da religião como categoria social e do processo de secularização. A isso se dedica o próximo capítulo.

[246] Embora o México tenha tentado manter o vínculo com a Igreja Católica (inclusive o padroado), proibindo o culto de outras crenças, a Santa Sé se negou a reconhecer sua independência e a continuidade do padroado. A Constituição de 1857 deixou de incorporar a união com a Igreja e, depois da Guerra dos Três Anos, foram aprovadas as Leis de Reforma que, dentre outras medidas, nacionalizaram os bens eclesiásticos e decretaram a separação entre o Estado e a Igreja. Com Porfírio Díaz, na República Restaurada – que se seguiu ao fim do Segundo Império Mexicano –, houve uma tentativa de reaproximação. A radicalização veio com a Revolução Mexicana: a Constituição de 1917 fez com que desaparecesse o poder religioso na sociedade mexicana. Os dispositivos anticlericais só foram reformados em 1992. V. BLANCARTE, Roberto. O porquê de um Estado laico. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, pp. 21-15.

[247] REIS, Jane. A aplicação de regras religiosas de acordo com a lei do Estado, cit., p. 15.

2 **RELIGIÃO E SOCIEDADE**

Se há uma coisa que a História mostra é a evidente relevância social e política da religião. Para os fins deste estudo, sua importância aparece principalmente em dois pontos. *Primeiro:* a doutrina religiosa pode fornecer elementos para garantir a legitimidade social da ordem institucional vigente e, assim, para sua conservação. É nessa forma que, em um mundo secularizado, ela se choca com a doutrina da soberania. A ideia é bem simples: ou bem as instituições são legitimadas pela religião, ou o discurso (secular) que as justifica concorre com as doutrinas religiosas pelo papel de universo simbólico dominante, abrindo espaço para conflitos. *Segundo:* as organizações religiosas e suas figuras de autoridade exercem uma forma de poder, na medida em que interferem sobre o comportamento dos fiéis, ditando ou reprovando condutas. Como existem diversas outras fontes de poder (como o político e o econômico), surgem conflitos e, com eles, a necessidade de subordinar umas às outras ou, ao menos, encontrar um meio de coordená-las. Em geral, o que se observa nos contextos mais secularizados é a inegável supremacia do poder político combinada com uma ampla liberdade das confissões religiosas (restrita, porém, ao âmbito privado).

O objetivo deste capítulo é desenvolver esses dois pontos, a partir da perspectiva da Sociologia e da Ciência Política. Naturalmente, por limitações próprias deste estudo, não é o caso de investigar de forma aprofundada o material desenvolvido sobre o tema em cada uma dessas disciplinas. A ideia é apenas usar as avaliações que elas fornecem para situar a religião (e o Estado) no contexto mais amplo das relações sociais e, em especial, das relações de poder, e investigar se, e de que forma, se dá a conexão entre o Estado e a religião.

2.1 **Religião e instituições**

A realidade é uma construção social[248]. Compreendemos o mundo e os papéis que nós e os outros devemos desempenhar a partir de uma linguagem compartilhada, que é transmitida desde a infância e reproduzida ao longo da vida. Não sendo gerado individualmente por cada

[248] O desenvolvimento das ideias a seguir será feita, fundamentalmente, a partir de BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 67 e ss.

sujeito, como produto de sua vontade, esse contexto aparece para ele como algo tão objetivo e perene como a natureza: cada pessoa recebe um mundo consideravelmente já formado quando nasce e não lhe toca decidir se e como as relações e instituições se comportarão. Apesar disso, a realidade social e a natureza se diferenciam em um aspecto importante: a despeito da objetividade que as aproxima, a primeira é sempre uma construção humana – não o fruto de uma decisão individual, mas um projeto coletivo. Seu caráter objetivo, assim, não é inerente; é, ao contrário, o resultado de um processo de *objetivação*, que transforma o sentido do que eram apenas ações humanas.

A explicação disso se encontra no fenômeno da *institucionalização*. Comportamentos habituais se cristalizam gradualmente e formam tipificações recíprocas entre os atores sociais, criando-se a expectativa de que sejam reiterados. O estabelecimento de padrões definidos de conduta reduz a complexidade da vida social – ao definir um caminho a ser seguido em meio a um número potencialmente infinito de alternativas –, mas, por isso mesmo, assume também um caráter controlador. Na vida de um indivíduo, a instituição se torna presente pela assunção dos *papéis* associados a ela – *i.e.*, pela identificação do sujeito com uma ação socialmente objetivada. Ao usar seu apito, o agente de trânsito pratica condutas que o identificam como tal e só fazem sentido naquele contexto específico. Mais que isso, o papel de agente de trânsito se vincula a diversos outros (*e.g.*, os destinatários da lei – motorista, pedestre etc.) que, juntos, conformam a instituição "lei" – a qual só existe na vida real das pessoas com a representação desses papéis[249]. Tudo isso destaca o caráter dialético da relação entre os indivíduos e as instituições: embora estas exerçam controle sobre aqueles, elas só existem se reiteradas, vivificadas, pelo comportamento deles.

As instituições são "padrões regularizados de interação que são compreendidos, praticados e regularmente aceitos [...] por agentes sociais", de tal modo que estes "esperam continuar interagindo sob as regras e normas formal ou informalmente consubstanciadas nesses padrões"[250]. É porque fazem referência às mesmas instituições políticas, por exemplo, que as pessoas são capazes de afirmar que estão diante do Estado e de distinguir as suas decisões das demais[251]. Para uma instituição política existir basta que as pessoas, de forma geral, reconheçam

[249] O exemplo é uma adaptação daquele de Peter L. Berger e Thomas Luckmann (*A construção social da realidade*, cit., p. 101), que usam a figura de um juiz.

[250] O'DONNELL, Guillermo. Delegative democracy. *Journal of democracy*, v. 5, n. 1, pp. 55-69, 1994, p. 57.

[251] *Ibid.*, pp. 57-59. Um exemplo simples ajuda a ilustrar o ponto. O fato da promulgação de uma lei só assume seu significado próprio porque os indivíduos, de forma geral, reconhecem a conjugação da deliberação majoritária dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e da manifestação do Presidente da República como atos que, juntos, conduzem à produção de normas que são obrigatórias em caráter *erga omnes*. Isso, por sua vez, pressupõe a confiança nas eleições como meio suficiente para dar aos ocupantes dos Palácios do Congresso e do

os papéis que cada um desempenha nesse contexto, imputando seus atos à coletividade como um todo.

As instituições, contudo, precisam de uma *legitimação – i.e.*, de uma narrativa capaz de justificar a sua existência. Isso é particularmente relevante para as novas gerações: como se deparam com instituições já constituídas, elas não têm acesso ao seu significado original e, assim, precisam ser inseridas em um universo de interpretações que lhes transmita o conjunto de padrões, papéis e conhecimentos necessários à sua preservação. Naturalmente, isso não exclui a necessidade das sanções – as normas de conduta precisam resguardar sua autoridade sobre as preferências individuais –, mas a legitimação estimula a submissão espontânea aos padrões de comportamento ao criar um ambiente em que sejam considerados certos e naturais.

A legitimação sustenta uma ordem institucional ao integrar os papéis assumidos por todas as pessoas, dando-lhes significados. Ela tem um componente *cognoscitivo*, porque procura explicar como as coisas são, e um componente *normativo*, ao atrelar valores a certos comportamentos. Há diferentes níveis de legitimação que, embora imbricados na prática, podem ser objeto de uma distinção analítica. No plano mais incipiente, ela é está embutida na linguagem. Assim, *e.g.*, quando a criança aprende que X é marido de Y, ela também assimila a instituição do casamento, com o conjunto de relações que ela traz consigo. Alguns níveis acima, há as teorias especializadas, associadas a certo tipo de conhecimento e confiadas grupos específicos de pessoas (*e.g.*, sábios, cientistas). Com a progressiva abstração de questões concretas, desenvolvem-se "teorias puras" – nesse momento, a legitimação começa a ganhar autonomia em relação às instituições legitimadas e a produzir seus próprios processos institucionais.

O último nível é o *universo simbólico*, "a matriz de todos os significados socialmente objetivados"[252], responsável pela integração de todos os segmentos da ordem institucional. Consequentemente, "*toda* a experiência humana pode agora ser concebida como se efetuando *no interior* dele"[253]. Ao ordenar a história, o universo simbólico une as pessoas a seus antecessores e sucessores, encadeando os eventos coletivos em uma totalidade de sentido. "A comunidade empírica é transposta para um plano cósmico e tornada majestaticamente

Planalto a habilitação de que precisam para transformar um simples projeto em uma lei. Mas nem sempre foi dessa forma, e mesmo hoje não é assim em todos os espaços da vida coletiva. A validação de uma decisão coletivizada já passou, como ainda passa, por outras instituições, que podem envolver desde consultas a auspícios até a vontade de um rei.

[252] BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*, cit., p. 127.

[253] *Loc. cit.*

independente das vicissitudes da existência individual"[254]. A sociedade inteira ganha sentido.

Em regra, o universo simbólico prescinde de uma legitimação, sustentando a si mesmo "pela pura facticidade de sua existência objetiva na sociedade em questão"[255]. Isso só deixa de ocorrer quando ele mesmo se torna um problema – em particular quando diferentes versões conquistam adesões na sociedade. Passa a haver, assim, definições alternativas da realidade, que são vistas não só como uma ameaça teórica ao universo simbólico, mas como um perigo real para a ordem institucional que ele legitima. É o problema da *heresia*, que desencadeia uma reação por parte do sistema, na forma da repressão. O surgimento de uma compreensão diversa do mundo evidencia que o universo simbólico em que se vivia antes não é, afinal, inevitável. Para lidar com isso, as instituições são forçadas a teorizar e a refletir sobre o próprio universo simbólico, que é, assim, não só legitimado, mas também modificado pelos mecanismos de repressão da heresia[256].

No entanto, todas as doutrinas desenvolvidas sobre o tema pretendem apreender e explicar o mundo inteiramente. Disso se extrai que não há como resolver um choque entre elas de uma perspectiva interna, qualquer que ela seja. Os argumentos utilizados são tirados de uma base que é, ela própria, objeto de divergência e contestação, e, por essa razão, não servem para resolver o conflito. A questão passa a ser, então, quem tem mais poder.

> O confronto com universos simbólicos distintos implica um problema de poder, a saber, qual das definições da realidade em conflito ficará 'fixada' na sociedade. [...] Do ponto de vista da plausibilidade intrínseca, as duas formas de conceitualização podem parecer ao observador externo oferecer pequena escolha. Qual das duas ganhará, contudo, é coisa que dependerá mais do poder do que da engenhosidade teórica dos respectivos legitimadores. [...] O desfecho histórico de todo choque entre deuses foi determinado por aqueles que empunhavam as melhores armas e não por aqueles que possuíam os melhores argumentos. [...] A mesma coisa pode dizer-se dos conflitos internos da sociedade, nesta ordem de problemas. Esta á uma suposição segura que se pode fazer a respeito de qualquer grande coletividade, embora haja sempre a possibilidade de teóricos politicamente desinteressados convencerem uns aos outros, sem recorrerem a meios mais brutais de persuasão[257].

---

[254] BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*, cit., p. 135.

[255] BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*, cit., p. 138.

[256] Segundo Peter L. Berger e Thomas Luckmann (*Op. cit.*, p. 140), "[h]istoricamente o problema da heresia foi muitas vezes o primeiro impulso para a sistemática conceituação teórica dos universos simbólicos. O desenvolvimento teológico cristão como resultado de uma série de impugnações heréticas da tradição 'oficial' oferece excelentes ilustrações históricas desse processo". Na mesma linha, v. BOURDIEU, Pierre. Gênese e estrutura do campo religioso. In: *A economia das trocas simbólicas*. Introd., org. e sel. Sergio Miceli. São Paulo: Perspectiva, 2013 (Coleção Estudos ; 20 / dirigida por J. Guinsburg), p. 38: "O trabalho de exegese que lhe é imposto [*i.e.*, ao corpo de sacerdotes] pelo confronto ou pelo conflito de tradições mítico-rituais diferentes [...], ou pela necessidade de conferir a ritos ou mitos tornados obscuros um sentido mais ajustado às normas éticas e à visão do mundo dos destinatários de sua prédica, bem como a seus valores e a seus interesses próprios de grupo letrado, tende a substituir a *sistematicidade objetiva* das mitologias pela *coerência intencional* das teologias, e até por filosofias".

[257] BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *Op. cit.*, p. 143.

Dessa forma, a expressão *conhecimento é poder* admite também a recíproca: *poder é conhecimento*.

Por oferecer verdades inquestionáveis, a religião sempre é uma forte candidata à condição de universo simbólico, sendo, por isso, de grande interesse para a política. Um dos maiores problemas do mundo humano é a sua precariedade, e esta é minimizada pelo nomos comum das instituições e suas legitimações, que insere os indivíduos em uma ordem estável, duradoura e relativamente coerente[258]. É por isso que, historicamente, a religião é "o instrumento mais amplo e efetivo de legitimação"; ela "relaciona com a realidade suprema as precárias construções da realidade erguidas pelas sociedades empíricas", as quais, assim, "se fundam no sagrado *realissimum*, que por definição está além das contingências dos sentidos humanos e da atividade humana"[259]. O típico objetivo do mundo social, que almeja se tornar uma coisa óbvia, inevitável[260], alcança seu ápice na religião: a permanência incontestável do sagrado se comunica às instituições sociais que, de certa forma, "tornam-se imortais"[261].

Além disso, a legitimação religiosa é extremamente ampla, a ponto de explicar até as situações marginais em que a própria realidade da vida cotidiana é posta em dúvida[262]. No plano individual, isso ocorre, *e.g.*, diante do sonho e pesadelo e, principalmente, da morte – ao dar uma explicação até para eles, a religião permite que esses eventos extremos se integrem à compreensão geral do mundo e não escapem à normalidade. Mas há também acontecimentos que afetam a sociedade inteira e põem em risco a realidade até então tida como óbvia (*e.g.*, levantes sociais, guerras, catástrofes naturais), nos quais, em regra, é a religião que toma a dianteira. Ela ajuda as pessoas a lidar com as situações extremas que a sociedade lhes exige: "[o]s homens partem para a guerra e são mortos entre orações, bênçãos e encantamentos"[263].

No limite, a religião pode promover o que se chama de *alienação:* a dialética entre o mundo social e o indivíduo desaparece; as instituições e o próprio eu socializado surgem para o sujeito como facticidades inexoráveis, semelhantes às da natureza. Isso não significa que o discurso religioso, em si, seja falso, mas apenas que ele pode servir para obscurecer o fato de

---

[258] BERGER, Peter L. *O dossel sagrado:* elementos para uma teoria sociológica da religião. Tradução de José Carlos Barcellos. São Paulo: Paulus, 1985 [9. reimp. 2013], p. 32 e ss.

[259] *Ibid.*, p. 45.

[260] *Ibid.*, p. 37.

[261] *Ibid.*, pp. 49-50.

[262] *Ibid.*, p. 55 e ss.

[263] *Ibid.*, p. 58.

que o mundo social é sempre um produto da interação humana[264]. Mistificando as instituições e os papéis sociais, a religião pode gerar, ainda, um processo de falsificação denominado *má-fé*: a substituição do que é uma escolha humana contingente por uma aparente necessidade absoluta. Identificando-se com os papéis que assume, assentados no *realissimum* sobre-humano da religião, o sujeito anula a sua individualidade e a possibilidade de fazer opções[265].

Tudo isso favorece as *teodiceias* – *i.e.*, formas de explicar em termos religiosos os fenômenos anômicos com que a sociedade se defronta. Em rigor, todo nomos implica uma espécie de teodiceia, na medida em que exige uma "capitulação" do indivíduo ao poder ordenador da sociedade e, assim, uma transcendência da individualidade[266]. Há, portanto, uma "teologia implícita" em toda ordem social[267]. No entanto, a teodiceia propriamente dita, como recurso ao discurso religioso, é favorecida pela supremacia absoluta do cosmos e, assim, reforça intensamente as bases da sociedade – não por oferecer felicidade às pessoas, mas por lhes proporcionar um *significado*, permitindo que integrem os eventos anômicos de suas vidas ao nomos estabelecido socialmente[268].

Essas considerações ajudam a explicar não só a popularidade histórica das religiões – que ajudam os indivíduos a se situarem em meio à turbulência da realidade –, mas também suas relações conflituosas com o Estado. A força legitimadora do discurso religioso é útil ao governante porque, se confirmar sua autoridade, estabiliza as bases do seu poder e torna mais natural a obediência. Ele adere a uma ordem muito maior do que todos e se beneficia disso. Mas, quando os universos simbólicos entram em competição, ou bem o Estado toma partido por um deles ou passa a defender outro, em que ele mesmo ocupa o espaço que cabia às divindades. Nesse último caso, a situação dos governantes depende de se posicionarem *sobre* os conflitos – *i.e.*, da difusão de um universo simbólico em que a religião se desloque "para

---

[264] *Ibid.*, cit., p. 93 e ss.

[265] BERGER, Peter L. *O dossel sagrado*, cit., p. 105 e ss. Essa anulação se manifesta em uma atitude de *masoquismo*, em que "o indivíduo se reduz a um objeto inerte e semelhante a uma simples coisa" em relação a outras pessoas ou coletividades; tanto que, quando presente, "a própria dor, física ou mental, serve para ratificar a auto-renúncia até o ponto de se tornar de fato subjetivamente agradável" (*Ibid.*, p. 67). Essa atitude de total absorção em um "outro" pode se manifestar em vários cenários, mas assume uma força bem intensa no plano religioso, em que "o outro do confronto masoquista é projetado na imensidade do cosmos, assume dimensões cósmicas de onipotência e incondicionalidade e pode com tanto maior plausibilidade ser postulado como realidade suprema" (*Ibid.*, p. 69). Com o acréscimo nada desprezível de que, diferentemente de seus correlatos mortais, que podem não exercer adequadamente o papel sadístico – e, assim, perder seu *status* –, a divindade posta nessa condição permanece sempre invulnerável (*loc. cit.*).

[266] *Ibid.*, pp. 65-66.

[267] *Ibid.*, p. 67.

[268] *Ibid.*, p. 70.

baixo" e, em vez de explicar (e submeter) tudo, seja ela própria transformada em apenas mais uma parte de um todo. Se esse movimento é bem-sucedido, é a religião que passa a se subordinar ao político, e não mais o contrário.

2.2 **A secularização: fim da religião?**

Com tudo isso em mente, é fácil compreender o papel central que a religião tinha nas sociedades pré-modernas, como mecanismo de coesão social e legitimação da ordem política. Ao longo do tempo, contudo – e especialmente a partir da Reforma Protestante –, o Ocidente viu a religião perder espaço para o pensamento científico (no plano teórico) e para o Estado soberano (no plano político), e tornar-se uma parte da esfera privada da vida humana. De certa forma, a combinação da laicidade do Estado e da liberdade religiosa parece confirmar normativamente esse estado de coisas: a crença se inseriria no campo das escolhas individuais e não no espaço da política.

Tudo isso se insere no contexto da *secularização*, um processo tão intenso que não faltou quem anunciasse o fim da religião[269]: o primeiro registro parece ser de Thomas Woolston, no início do século XVIII, que decretou que a morte do cristianismo ocorreria até 1900 – previsão excessivamente conservadora, segundo o rei Frederico, o Grande, e Voltaire, que imaginavam um fim bem mais próximo. Thomas Jefferson seguia linha semelhante, assim como autores como Durkheim, Comte, Marx, Engels, Freud[270], e diversos outros acadêmicos no século XX. Considerada uma consequência natural da modernização e seus fenômenos associados (industrialização, urbanização etc.), a secularização foi vista como um processo inexorável e irreversível, que alcançaria todas as religiões e levaria a uma drástica redução da participação das pessoas em cerimônias e ritos religiosos e mesmo da adesão a crenças[271]. Essa ênfase na secularização fez com que pouca atenção fosse dedicada às relações entre a religião e a política, especialmente no âmbito da Ciência Política[272]. Há quem diga que, quando o tema surge, é em

[269] Confira-se a narrativa de STARK, Rodney. Secularization, R.I.P. *Sociology of Religion*, v. 60, n. 3, pp. 249-273, Autumn 1999, pp. 249-251.

[270] CATROGA, Fernando. *Entre deuses e césares*, cit., p. 35.

[271] CATROGA, Fernando. *Entre deuses e césares*, cit., pp. 251-253.

[272] Não parece haver divergência sobre o ponto. V., *e.g.*, WOODHEAD, Linda. Five concepts of religion. *International Review of Sociology*, v. 21, n. 1, pp. 121-143, 2011, p. 134; FOX, Jonathan. *Political secularism, religion, and the state:* a time series analysis of worldwide data. New York: Cambridge University Press, 2015,

geral para denunciá-lo como sintoma de um desvio ou uma anormalidade[273].

Os fatos, contudo, não confirmaram as previsões. Ainda é possível que a sentença de morte da religião venha a ser executada, mas a realidade parece desmentir as perspectivas de quem a enxergava como inevitável. Hoje se chega a falar em *dessecularização* do mundo[274], colocando em questão diversas das premissas e das conclusões desenvolvidas acerca do tema no século XX. Mesmo a Ciência Política acabou sendo forçada a abrir a discussão sobre o tema, notadamente a partir da Revolução Islâmica no Irã, do surgimento da Nova Direita Cristã nos EUA[275], e do crescente envolvimento dos muçulmanos na política, especialmente na Europa[276]. Além disso, a expansão missionária, a radicalização fundamentalista (em várias religiões) e a instrumentalização política do potencial de violência imanente a alguns credos contribuíram para uma nova reflexão sobre a secularização[277]. Foram criados institutos de pesquisa dedicados ao tema e vem crescendo o número de trabalhos que o discutem. Fala-se até no desenvolvimento de uma nova disciplina, a *Politologia da Religião, Ciência Política da Religião* ou, apenas, *Religião e Política*[278].

Há uma perplexidade básica no discurso sobre a secularização. Ela reside no fato de que, embora a vida social já não seja inteiramente subordinada à influência da religião[279], a crença nunca deixou de ocupar um espaço privilegiado no dia a dia de muitas pessoas, e hoje, em todo o mundo, torna a se expor claramente na vida pública[280], seja pela via democrática, na discussão de questões morais polêmicas, seja pela violência e pelo terrorismo, que forçam o

---

pp. 25-26; e KETTELL, Steven. Do we need a 'political science of religion'? *Political Studies Review*, 2014. Em pesquisa realizada no acervo de um dos principais periódicos da área – o *American Political Science Review* –, foram encontrados apenas vinte e um artigos (média de quatro por ano) diretamente relacionados à religião. V. WALD, Kenneth D.; WILCOX, Clyde. Getting religion: has political science rediscovered the faith factor? *American Political Science Review*, v. 100, n. 04, pp. 523-529, 2006.

[273] V. FOX, Jonathan. *Political secularism, religion, and the state*, cit., pp. 25-26.

[274] BERGER, Peter L. The desecularization of the world: a global overview. In: BERGER, Peter L. (Ed.). *The desecularization of the world:* resurgent religion and world politics. Grand Rapids: William B. Eerdmans, 1999, pp. 1-18.

[275] KETTELL, Steven. Do we need a 'political science of religion'?, cit., p. 7.

[276] JEVTIĆ, Miroljub. Political science and religion. *Politics and Religion Journal*, v. 1, n. 1, pp. 59-69, 2007, p. 62.

[277] HABERMAS, Jürgen. Notes on post-secular society. *New Perspectives Quarterly*, v. 25, n. 4, pp. 17-29, 2008, p. 18.

[278] JEVTIĆ, Miroljub. *Op. cit.*, p. 63.

[279] GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade.* Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991, p. 122.

[280] V. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. São Paulo: Cortez, 2013, p. 29, para quem a "reivindicação da religião como elemento constitutivo da vida pública" é algo "marcante em todo o mundo e as redes que a alimentam são transnacionais, o que nos permite nomeá-la como fenômeno global".

debate sobre os limites da repressão e do controle das condutas baseadas na fé. A própria Modernidade pode contribuir para o maior apego à crença: em grande parte, ela substituiu a confiança nas figuras personalizadas das religiões e o recurso à magia, como formas de lidar com os perigos do mundo, pela fé em sistemas abstratos e princípios impessoais; mas a vida moderna não só não é isenta de riscos, como muitos foram potencializados pela tecnologia[281]. Associado à generalização da insegurança[282], isso faz da fé e da confiança bens escassos – e é justamente uma certeza inabalável o que oferecem as religiões[283].

Por tudo isso, convém fazer uma pausa para examinar de forma um pouco mais detida em que consiste realmente esse afastamento da religião, tão sublinhado no mundo ocidental.

No plano sociológico, distingue-se entre a *secularização*, como fenômeno apreciável (e contestável) empiricamente, envolvendo o declínio da religião, da conduta religiosa ou de sua influência em algumas esferas sociais; e o *secularismo*, que nada mais é que uma posição ideológica, teórica, política ou filosófica que promove o mundo secular e seus valores em relação à compreensão religiosa da vida[284]. Naturalmente, é possível que haja uma relação entre essas duas figuras – se o secularismo for a causa da secularização, ou se esta promover, indiretamente, o discurso secularista[285] –, mas não se trata de uma necessidade absoluta[286].

A secularização, sem dúvida, é um produto da Modernidade. No entanto, é preciso evitar o equívoco de vê-la como um fenômeno monolítico, que tenha ocorrido ou ocorra em todo o mundo da mesma forma e com a mesma intensidade, e que afete os indivíduos tanto quanto as sociedades como um todo. Com efeito, hoje existe um relativo consenso no sentido de que a secularização opera em três planos ou níveis que, apesar de relacionados, se distinguem entre si[287].

No plano *macro* ou *societal*, ela se manifesta no que Mark Chaves chama de *laicização:* as instituições sociais (políticas, educacionais, científicas etc.) ganham autonomia em relação

---

[281] GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*, cit., p. 112 e ss.

[282] O tema é desenvolvido em BAUMAN, Zygmunt. *Em busca da política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

[283] *Id. Identidade*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005, p. 92 e ss.

[284] SANDBERG, Russell. *Religion, law and society*, cit., p. 56.

[285] Por exemplo, com a promoção do conhecimento científico como única fonte confiável da verdade.

[286] SANDBERG, Russell. *Op. cit.*, p. 57.

[287] O autor mais influente nesta matéria parece ser Karel Dobbelaere (v., *e.g.*, DOBBELAERE, Karel. Towards an integrated perspective of the processes related to the descriptive concept of secularization. *Sociology of religion*, v. 60, n. 3, pp. 229-247, 1999). V., ainda, CHAVES, Mark. Secularization as declining religious authority. *Social forces*, v. 72, n. 3, pp. 749-774, March 1994; SANDBERG, Russell. *Religion, law and society*, cit., 60 e ss.; BOBINEAU, Olivier; TANK-STORPER, Sébastien. *Sociologia das religiões*, cit., pp. 77-78.

às instituições religiosas[288]. Uma das principais características da Modernidade é a progressiva *autonomização dos subsistemas sociais*, que passam a operar cada vez mais segundo lógicas próprias, específicas e diversas das adotadas pelos demais[289]. A política atua segundo seus valores e normas, assim como o direito, a economia e os demais. A laicização apenas denomina a manifestação específica desse fenômeno sobre a esfera religiosa – o que está longe de ser irrelevante, tendo em vista a absoluta supremacia que ela costumava ter. A secularização, portanto, significa que "o sistema religioso abrangente e transcendente do passado" foi reduzido "a um subsistema ao lado de outros subsistemas" fazendo com que "perdesse, nesse processo, sua pretensão de abranger os outros subsistemas"[290]. Assim, a religião passou a constituir mais um domínio, junto com os demais. Isso não significa que ela não os influencie (ou seja influenciada por eles), mas apenas que essa interferência é mediada pelo código próprio de cada subsistema – como uma tradução, as pretensões que vêm da religião para a política, a economia ou o direito, por exemplo, precisam se adequar às regras próprias desses domínios para movimentá-los.

A autonomização abriu espaço para o desenvolvimento da *racionalidade funcional:* o *ethos* religioso foi progressivamente substituído pela racionalização dos demais subsistemas, com o consequente aumento na demanda por pessoas treinadas em Ciências para operar, *e.g.*, a economia e a burocracia. Além do *desencantamento do mundo*[291], esse processo levou à *societalização dos subsistemas*, que se afastaram do modelo das "comunidades" – fundadas em laços pessoais e sentimentais – para aproximarem-se da ideia de "sociedades", baseadas em instituições, regras e papéis impessoais, técnicos e formais[292]. Chama-se *diferenciação*

> o grau de mútua autonomia entre grupos religiosos e instituições estatais em sua autoridade jurídica fundacional, isto é, a extensão do poder de uma entidade sobre as prerrogativas básicas da outra no que se refere à capacidade de exercer funções, escolher suas autoridades, estabelecer suas políticas particulares, conduzir suas atividades, em síntese, para governar a si mesma. As relações entre a religião e o Estado com um elevado grau de diferenciação podem ser

[288] CHAVES, Mark. *Op. cit.*, p. 757.

[289] DOBBELAERE, Karel. Towards an integrated perspective of the processes related to the descriptive concept of secularization, cit., pp. 230-232.

[290] *Ibid.*, p. 232.

[291] A expressão é utilizada por Max Weber e costuma ser empregada para designar a racionalização do mundo, com o fim da ideia de que ele seria habitado também por seres mágicos aos quais se poderia recorrer. No entanto, a tradução do termo é criticada por alguns autores, que a veem como sugerindo uma desilusão. A ideia é de "demagificação", *i.e.*, do fim da magia como elemento de salvação, levado a efeito pelo protestantismo, que incorporou um "ascetismo intramundano puritano", de onde decorreu um "impulso decisivo para a racionalização tanto da economia como de toda a vida" (BOBINEAU, Olivier; TANK-STORPER, Sébastien. *Sociologia das religiões*, cit., pp. 45-47).

[292] DOBBELAERE, Karel. *Op. cit.*, pp. 232-233.

> simplesmente chamadas de 'diferenciadas'; e aquelas com um baixo grau, de 'integracionistas'[293].

A redução da diferenciação opera em quatro planos, que envolvem[294]: **(i)** a afirmação de uma religião como oficial; **(ii)** o exercício, pelo Estado, do poder de promover fins religiosos por meio da legislação ou jurisdição (*e.g.*, ensino religioso, reconhecimento de tribunais eclesiásticos); **(iii)** a restrição da liberdade religiosa, seja de minorias, seja das confissões em geral; e **(iv)** a atribuição a uma confissão religiosa de expressas prerrogativas constitucionais, *e.g.*, na nomeação de autoridades ou no veto a decisões estatais.

Na outra ponta, a secularização opera no nível *micro* ou *individual*, denotando a progressiva perda de poder das autoridades religiosas sobre as crenças e posturas das pessoas, individualmente consideradas[295]. Isso pode se refletir na redução da participação em cultos e cerimônias, na combinação, pelas pessoas, de crenças e práticas de diferentes religiões (bricolagem), no simples aumento da indiferença em matéria de religião, ou no surgimento de "novos movimentos religiosos"[296]. Em todo caso, o que está em jogo é a percepção da crença como algo *subjetivo*, objeto da *escolha* de cada um[297] – compreensão hoje dominante no discurso dos direitos humanos. No entanto, o que por vezes passa despercebido é que não existe uma ligação necessária entre a secularização nos níveis macro e individual – vale dizer: é possível que uma população maciçamente religiosa componha uma sociedade altamente secularizada[298]. É o que explica a situação dos dois grandes enigmas da secularização: os EUA e o Japão, que historicamente conciliam modernização e laicidade com uma expressiva adesão à religião[299].

---

[293] PHILPOTT, Daniel. Explaining the political ambivalence of religion. *American Political Science Review*, v. 101, n. 3, pp. 505-525, 2007, pp. 506-507.

[294] *Ibid.*, p. 507.

[295] DOBBELAERE, Karel. *Op. cit.*, p. 236 e ss.; SANDBERG, Russell. *Religion, law and society*, cit., p. 75 e ss.

[296] Sobre os "novos movimentos religiosos", v. WILLAIME, Jean-Paul. *Sociologia das religiões*. Tradução de Lineimar Pereira Martins. São Paulo: Unesp, 2012, p. 102 e ss.; SANDBERG, Russell. *Op. cit.*, p. 176 e ss.; BOBINEAU, Olivier; TANK-STORPER, Sébastien. *Sociologia das religiões*, cit., pp. 93-94. Em geral, eles incorporam traços de religiões orientais ou mesmo da literatura de ficção científica, e envolvem associações frouxas entre as pessoas, ressaltando o caráter subjetivo e emocional da experiência religiosa. Não raro, seus ensinamentos permitem com certa facilidade a multipertença, o sincretismo e bricolagem.

[297] Chama-se isso de *individualização* da religião. V. BERGER, Peter L. *O dossel sagrado*, cit., p. 145; BOBINEAU, Olivier; TANK-STORPER, Sébastien. *Op. cit.*, pp. 77-78.

[298] Apesar disso, como a religião continua a desempenhar um papel relevante na vida das pessoas, ela permanece sendo uma força importante na arena política e na cultura da sociedade. Com a maior intervenção do Estado sobre questões disputadas do ponto de vista valorativo, as denominações religiosas têm se tornado, cada vez mais, "comunidades de interpretação" em debates de interesse coletivo. V. HABERMAS, Jürgen. Notes on post-secular society, cit., pp. 19-20.

[299] DOBBELAERE, Karel. Towards an integrated perspective of the processes related to the descriptive concept

Entre os dois extremos, situa-se o nível *meso*, *interno* ou *organizacional*, que envolve os efeitos da secularização sobre a estrutura, as crenças, a moral e os rituais das próprias confissões religiosas[300]. Apontam-se cinco fases da secularização interna[301]: **(i)** a *polarização*, em que a religião se retrai para alcançar apenas alguns aspectos da vida social (*e.g.*, família e Estado); **(ii)** a *pluralização*, com o fim dos monopólios religiosos, que passou a exigir a conquista dos fiéis em um "mercado" religioso e transformou as confissões em grupos de pressão na defesa de interesses sectários; **(iii)** a *burocratização* das estruturas religiosas, que passaram a se assemelhar cada vez mais, estimulando a profissionalização do pessoal religioso e a colaboração ecumênica; **(iv)** a *moderação*, na qual as denominações religiosas tendem a se acomodar à existência de outras e a um ambiente de pluralismo (o que não exclui episódios de radicalismo e, em lugar de acomodação, resistência); e, por fim, **(v)** a *adaptação*, em que os ensinamentos religiosos são revistos, particularmente em função dos valores das sociedades liberais – o que decorre da "dinâmica da preferência do consumidor" em um mercado religioso competitivo[302].

Não há uma narrativa comum da secularização que se aplique inexoravelmente a toda e qualquer sociedade. De todo modo, o fenômeno existe e se aplica, em maior ou menor medida, a todo o mundo ocidental. Em particular, o que se observa é uma radical modificação do *lugar* da religião na sociedade: ela deixa de ser o centro do universo social – o referencial de tudo – e, mais que isso, se torna um assunto privado. A fé perde a validade universal que lhe permitia fundamentar todas as relações sociais e se torna, ela própria, dependente da experiência individual das pessoas. Acaba se transformando em uma questão de opinião e preferência. Como explica Peter L. Berger[303]:

> A situação pluralista multiplica o número de estruturas de plausibilidade concorrentes. *Ipso facto*, relativiza seus conteúdos religiosos. Mais especificamente, os conteúdos religiosos são "desobjetivados", isto é, são desprovidos de seu *status* como realidade objetiva e evidente na consciência. Tornam-se "subjetivizados" num duplo sentido: sua "realidade" torna-se um assunto "privado" dos indivíduos, isto é, perde a qualidade de plausibilidade intersubjetiva evidente por si mesma [...]; por outro lado, na medida em que ela ainda é mantida pelo indivíduo, ela é apreendida como sendo enraizada na consciência deste e não em facticidades do mundo exterior – a religião não se refere mais ao cosmos ou à história, mas à *Existenz* individual ou à

---

of secularization, cit., p. 239; SANDBERG, Russell. *Religion, law and society*, cit., p. 75 e ss.; WILLAIME, Jean-Paul. *Sociologia das religiões*, cit., p. 149 e ss.

[300] DOBBELAERE, Karel. *Op. cit.*, p. 235 e ss.; SANDBERG, Russell. *Op. cit.*, p. 89 e ss.; CHAVES, Mark. Secularization as declining religious authority, cit., p. 766 e ss.

[301] SANDBERG, Russell. *Op. cit.*, p. 90 e ss.. V. ainda BERGER, Peter L. *O dossel sagrado*, cit., p. 117 e ss.

[302] BERGER, Peter L. *Op. cit.*, p. 156 e ss.

[303] *Ibid.*, pp. 162-163.

> psicologia.
> [...] Nesse sentido, o fim dos monopólios religiosos é um processo socioestrutural e sociopsicológico. A religião não legitima mais "o mundo". [...] Qualquer certeza deve ser buscada na consciência subjetiva do indivíduo, uma vez que não pode mais derivar-se do mundo exterior, partilhado socialmente e tido como evidente.

A insistência no discurso da secularização como um fim inexorável ajuda a explicar por que muitos sociólogos têm dificuldade em enxergar a permanência da religião na vida das pessoas[304]. Além disso, como a cultura e a linguagem ocidentais são dominadas por uma ideia de religião baseada no cristianismo – especialmente a partir dos conflitos teológicos entre católicos e protestantes no contexto da Reforma –, ela acaba sendo muito associada à crença (fé, convicção pessoal) e à doutrina das igrejas organizadas, o que impede parte da academia de enxergar a religião em outros contextos. Essa miopia ignora tanto a *religião popular*, desenvolvida à margem das ortodoxias teológicas, como a *religião vivida*, que se encontra não só na crença e na forma como as pessoas a definem, mas principalmente na vida cotidiana (como e o que as pessoas comem, como se vestem, como lidam com a morte e o nascimento, como tratam a sexualidade e a natureza etc.). Uma vez que se superem essas barreiras, é possível perceber que a religião não é uma "identidade totalizante", que ocupa toda a vida da pessoa, como se houvesse uma divisão rígida entre o secular e o religioso. Ao contrário, do fato de que as pessoas têm lealdades múltiplas decorre que não há espaços que sejam exclusivamente religiosos ou seculares – o sagrado e o profano muitas vezes se situam lado a lado. Quem mantém uma imagem religiosa em sua mesa no trabalho não lida com este, necessariamente, como se fosse uma obra de fé. Da mesma forma, o sagrado e o secular se misturam também nos espaços mais religiosos – nas igrejas, discutem-se diversos assuntos da vida cotidiana, em especial, mas não exclusivamente, a religião.

A persistência da crença torna menos enigmático o *fundamentalismo religioso*[305]. De todo modo, trata-se de uma forma de contestação[306], associada a grupos excluídos e sem voz, no Terceiro Mundo e nas periferias dos grandes centros urbanos, em relação aos quais o

---

[304] Este parágrafo foi construído a partir de AMMERMAN, Nancy T. Finding religion in everyday life. *Sociology of Religion*, v. 75, n. 2, pp. 189-207, 2014.

[305] O *fundamentalismo* surgiu nos EUA, tendo-se difundido por meio da publicação *The Fundamentals: a testimony to truth*, redigida por um grupo de evangélicos (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*, cit., p. 37). Segundo Häberle, o que caracteriza o fundamentalismo é o fim de chegar (ou regressar) aos "fundamentos", às raízes da crença, tomadas como uma verdade. Nesse sentido, se opõem às concepções pluralistas, na medida em que não admitem o diálogo ou a discussão, e afirmam sua verdade como um monopólio, uma certeza de salvação (HÄBERLE, Peter. O fundamentalismo como desafio do Estado constitucional, cit., p. 66 e ss.).

[306] BOBINEAU, Olivier; TANK-STORPER, Sébastien. *Sociologia das religiões*, cit., p. 93.

discurso dos direitos humanos e da secularização foi imposto "em condições de inferioridade forçada"[307]. Como explica Amartya Sen, o processo de colonização deixou marcas profundas nas sociedades dominadas, a tal ponto que seus membros continuam a tomar os dominadores como referência para definirem a si mesmos. Eles se veem como os "outros", "diferentes" ou simplesmente "não ocidentais". O amor-próprio passa a depender da exaltação dessa diferença e, assim, perde importância ou se torna algo a ser combatido qualquer herança do Ocidente (*e.g.*, direitos humanos, democracia)[308].

Esse movimento está associado também ao "encolhimento do espaço público" e à consequente expansão da esfera privada, exposta na crise no Estado Nacional e da representação política, além do aumento da violência[309]. A sensação de impotência diante dos riscos e a incapacidade de atuação coletiva estimula uma nostalgia da comunidade, paradoxalmente materializada nos "guetos voluntários" das elites – altamente seletivos e vigiados, que, em vez de unirem, excluem[310] –, e no discurso das identidades, que insiste em semelhanças ao mesmo tempo em que segrega[311]. Como essa é uma disputa de fronteiras, ambos os lados se engajam e mesmo os mais fortes defendem bandeiras semelhantes[312]. Além disso, o fundamentalismo está relacionado à resistência das confissões contra a secularização e o pluralismo – isso se aplica particularmente ao integralismo católico (reação ao Concílio Vaticano II), ao fundamentalismo protestante, e à ultraortodoxia e ao nacionalismo religioso judaicos[313].

Os fundamentalismos podem ser vistos como uma reação à Modernidade e, assim, como confirmação de que a secularização, de fato, avançou bastante. Não se trata de um juízo de valor sobre os méritos ou deméritos de um mundo mais "desencantado", mas só de admitir que hoje a "cosmologia religiosa é suplantada pelo conhecimento reflexivamente organizado, governado pela observação empírica e pelo pensamento lógico, e focado sobre tecnologia material e

---

[307] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*, cit., p. 79.

[308] SEN, Amartya. *Identidade e violência:* a ilusão do destino. Tradução de José Antonio Arantes. São Paulo: Iluminuras; Itaú Cultural, 2015, p. 99 e ss.

[309] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*, cit., pp. 95-96.

[310] BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade:* a busca por segurança no mundo atual. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003, p. 100 e ss.

[311] *Id.*, *Identidade*, cit., pp. 82-86. Ainda sobre as causas do fundamentalismo, v. ROUANET, Sergio Paulo. Ciência e religião: crença contra crença? In: NOVAES, Adauto (Org.). *A invenção das crenças*. São Paulo: SESC SP, 2011, p. 176.

[312] Isso é característico do discurso das identidades. V. BAUMAN, Zygmunt. *Identidade*, cit., p. 83.

[313] Sobre essas manifestações, v. WILLAIME, Jean-Paul. *Sociologia das religiões*, cit., pp. 107-117.

códigos aplicados socialmente"[314]. Isso não significa que a fé deixou (ou deixará) de existir ou perdeu importância na vida das pessoas. Não só a vida desencantada retém os temores associados, *e.g.*, à morte, aos quais acrescenta outros (*e.g.*, guerra nuclear), como ela exige, em alguma medida, a fé em entidades igualmente abstratas (*e.g.*, o Estado, o mercado), sobre as quais não temos individualmente muito controle. No atual período, que Anthony Giddens prefere chamar de *ultramodernidade* em vez de *pós-modernidade*, a crença cega no progresso pela razão perdeu espaço para o reconhecimento de que há riscos inevitáveis que nem o conhecimento perito é capaz de excluir[315]. A busca de segurança existencial impele ainda as pessoas às religiões, em busca de certezas e garantias.

O que se extrai de tudo isso é que a secularização existe e é relevante, mas não impõe, como algo necessário, a perda de importância das crenças ou sua adaptação aos valores liberais. A secularização no nível macro é bastante evidente em todo o mundo ocidental e nas suas áreas de influência mais imediata, mas ela não gera automaticamente a secularização nos níveis micro e meso. Ao contrário, a queda da religião como universo simbólico dominante pode estimular o fortalecimento das crenças no plano individual e a resistência das igrejas e demais organizações religiosas no plano interno. Além disso, a tradição ajuda a sustentar laços entre o poder político e a religião em sociedades que, no mais, são bem secularizadas. Consequentemente, ainda que a liberdade religiosa tenha alcançado um grau quase universal de afirmação (ao menos retórica), as relações entre o Estado e a religião continuam afetadas por diversos outros fatores – a depender da dinâmica de reforço e legitimação entre eles –, dando origem a uma série de modelos diferentes (v. *infra*).

Seja como for, a busca pelo melhor modelo não pode ser respondida apenas com um apelo à História, mas com a *valoração* de cada uma das alternativas expostas. Embora essa empreitada não possa se fazer de forma desenraizada ou descontextualizada, ela tampouco se move por categorias empíricas, que pretendam afirmar o "ser"; trata-se, em verdade, de um debate *moral, crítico-filosófico*, em que a argumentação se volta para o "dever-ser" a partir de bases axiológicas. Embora a maior parte dos Estados ocidentais demonstre uma preferência pela liberdade religiosa e pela laicidade, não é possível definir a questão em função de números ou dados; é preciso proceder a uma revisão crítica do tema. O objetivo dessa empreitada é definir os valores políticos fundamentais com os quais devem ser confrontadas as posturas dos Estados em relação à religião. Busca-se, em suma, saber se existe uma sustentação moral para

---

[314] GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*, cit., p. 122.

[315] GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*, cit., pp. 58-63 e 143-144.

a liberdade religiosa e para essa preferência pela laicidade. O ponto será debatido no capítulo seguinte. Antes disso, porém, convém fazer um breve registro sobre um dos subprodutos mais difundidos da secularização: a afirmação do discurso científico sobre o religioso como único portador da verdade.

2.3 **Razão, ciência e verdade**

Acima se viu que, em alguma medida, *poder é conhecimento:* o poder determina o que se considera verdadeiro ou correto[316]. Não é o caso de enveredar aqui por uma discussão epistemológica mais aprofundada, o que desviaria a tese do curso e exigiria um instrumental diferenciado. Importa apenas salientar que a influência do poder sobre a verdade não se sente apenas nos domínios mais "subjetivos" ou menos "exatos" das Humanidades ou da fé, mas também nas searas mais tradicionais do pensamento lógico e científico. Sobre o tema, são dois os pontos que se pretende registrar.

Em *primeiro* lugar, não passa de ideologia o culto à racionalidade típica da ciência moderna. Foi sua utilidade instrumental – em particular, sua capacidade de dominar e transformar a realidade – que lhe rendeu prestígio em um momento em que o que importava, a todo custo, era o avanço industrial e tecnológico. A razão para tanto é pragmática, portanto, e não ontológica[317]. Isso não diminui a importância do conhecimento científico convencional, mas apenas o coloca em perspectiva, porque o mundo, em toda a sua complexidade, não pode ser apreendido apenas pela *razão*, compreendida dessa forma. Como aponta Boaventura de Sousa Santos[318]:

> A ciência moderna não é a única explicação possível da realidade e não há sequer qualquer razão científica para a considerar melhor que as explicações alternativas da metafísica, da astrologia, da religião, da arte ou da poesia. A razão por que privilegiamos hoje uma forma de conhecimento assente na previsão e no controlo dos fenómenos nada tem de científico. É um juízo de valor. A explicação científica dos fenómenos é a autojustificação da ciência enquanto fenómeno central

[316] Anthony Giddens usa aqui o conceito de *poder diferencial:* "A apropriação do conhecimento não ocorre de uma maneira homogênea, mas é com frequência diferencialmente disponível para aqueles em posição de poder, que são capazes de colocá-lo a serviço de interesses seccionais" (GIDDENS, Anthony. *As consequências da Modernidade*, cit., p. 54).

[317] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2010, pp. 31 e 52. Além dessa obra, o tema é abordado também em *Id.*, *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 3. ed. Porto: Afrontamento, 1993.

[318] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*, cit., pp. 83-84.

da nossa contemporaneidade. A ciência é, assim, autobiográfica.

O que aconteceu foi a naturalização da explicação do real fornecida pela ciência moderna, "a ponto de não o podermos conceber senão nos termos por ela propostos"[319]. Esse paradigma científico, contudo, tem seus limites, particularmente na fragmentação do mundo por meio da especialização de saberes. Submetem-se os fenômenos a "separações grosseiras", que supõem a não interferência de outros fatores, e constroem-se leis por meio de uma "simplificação arbitrária da realidade que nos confina a um horizonte mínimo para além do qual outros conhecimentos da natureza, provavelmente mais ricos e com mais interesse humano, ficam por conhecer"[320]. "Cada método é uma linguagem e a realidade responde na língua em que é perguntada", de modo que há sempre um "silêncio que persiste entre cada língua que pergunta"[321]. As disciplinas têm uma "'polícia' discursiva" que filtra o aceitável e o inaceitável e, nesse sentido, delimita o universo onde as proposições podem ser verdadeiras ou falsas; fora dele, ainda que haja verdade, ela não será avalizada pela disciplina[322].

Esse paradigma, contudo, está em crise. E não foram (apenas) as Ciências Humanas – insuscetíveis de plena submissão às suas diretrizes – que o levaram a tanto, mas os avanços promovidos no campo das Ciências Naturais e Exatas. Em particular, o que se evidenciou foi a inevitável interferência do observador sobre o fenômeno observado, pondo fim à separação total entre sujeito e objeto do conhecimento que era pressuposta por uma concepção que via o cientista como um agente externo à realidade. A pecha de irracionalidade virou-se contra o próprio racionalismo[323] do paradigma tradicional, na medida em que se passou a reconhecer,

---

[319] *Ibid.*, p. 84.

[320] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*, cit., p. 51. Afirma também o autor (pp. 27-28 e 54): "O rigor científico afere-se pelo rigor das medições. As qualidades intrínsecas do objeto são, por assim dizer, desqualificadas e em seu lugar passam a imperar as quantidades em que eventualmente se podem traduzir. O que não é quantificável é cientificamente irrelevante. [...] O rigor científico, porque fundado no rigor matemático, é um rigor que quantifica e que, ao quantificar, desqualifica, um rigor que ao objetivar os fenómenos, os objectualiza e os degrada, que, ao caracterizar os fenómenos, os caricaturiza".

[321] *Ibid.*, p. 77-78. Na mesma linha, Hannah Arendt, depois de reiterar que a ambição das Ciências Sociais era reproduzir o modelo das Ciências Naturais, afirma: "cientistas naturais sabem hoje o que os cientistas sociais ainda não descobriram: que quase toda hipótese com a qual abordam a natureza de alguma forma irá funcionar e gerar resultados positivos; é tão grande a flexibilidade das ocorrências observadas que elas sempre darão ao homem a resposta esperada" (ARENDT, Hannah. Religião e política, cit., p. 65).

[322] FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso:* aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 20. ed. São Paulo: Loyola, 2010, p. 29-36. Também esse ponto é sublinhado por Boaventura de Sousa Santos, que remete a Bachelard para dizer que o paradigma da ciência moderna "se arroga o direito de negligenciar [...] o que é irrelevante e, portanto, de não reconhecer nada do que não quer ou pode conhecer" (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*, cit., p. 37).

[323] Uma crítica de outra linha questiona a própria forma que distingue entre as crenças e a razão apontando que a primeira seria uma força interna que cegaria nossa capacidade de reflexão, mobilizando afetos, enquanto a segunda

e.g., o papel constitutivo da pré-compreensão, que molda a reflexão em algum grau[324]. Há sempre necessidade de persuasão e esta, por sua vez, suscita processos de identificação, projeção, retórica de interesses, que remetem a valores, afetos e crenças, particularmente quanto à autoridade de quem enuncia certas proposições[325]. Além disso, para um leigo, a confiança nos sistemas peritos das ciências é sempre cega em alguma medida, reconduzindo-se à fé, à "correção de princípios dos quais se é ignorante"[326] – e somos todos leigos quando não temos a iniciação necessária em todos eles.

A divinização da racionalidade científica – sua transformação em única porta-voz da verdade – ignora os pressupostos valorativos e as preferências que subjazem à ciência[327]. A assepsia do juízo científico nada mais é que aparência, na medida em que "o processo de conhecimento, do princípio ao fim, é norteado por valores"[328] e, "sabemos muito bem que uma

envolveria a força não coercitiva do melhor argumento (não coercitiva porque não assentada em móbiles psicológicos). É o que sustenta Vladimir Safatle, para quem: "afetos não são irracionais nem definidos apenas pela natureza, definidos pelo que resta de animal em mim. Antes, eles são algo como a manifestação corporal de julgamentos a partir de valores. Há julgamentos que faço através dos afetos, julgamentos que têm a força impositiva de determinar comportamentos mesmo contra a intencionalidade consciente" (SAFATLE, Vladimir. A crença no melhor argumento: sobre o fundamento fantasmático da autoridade. In: NOVAES, Adauto (Org.). *A invenção das crenças*. São Paulo: SESC SP, 2011, pp. 272-273).

[324] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*, cit., p. 42 e ss. O ponto também é sublinhado por HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Tradução de Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 46: "Não há referências mundanas pura e simplesmente livres de contextos. [...] Os pertencentes a uma comunidade de linguagem local experimentam tudo o que ocorre no mundo à luz de uma pré-compreensão 'gramatical' habitual, não como objetos neutros". O ponto está longe de ser desconhecido no Direito – v., *e.g.*, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 47.

[325] SAFATLE, Vladimir. A crença no melhor argumento, cit., p. 283: "O que nos persuade não é exatamente a verdade de uma proposição, mas a correção de uma forma de vida que ganha corpo quando ajo a partir de certos critérios e admito o valor de certos modos de conduta e julgamento. Nesse sentido, o critério do que me persuade está ligado a um julgamento valorativo a respeito das formas de vida que têm peso normativo. [...] Não posso comparar formas de vida, pois não tenho acesso a todas elas, não posso experimentá-las todas, mas preciso confiar nas descrições que recebi de outras formas de vida diferentes da que guia meu modo de valoração, daquela que procuro implementar. [...] Desta forma, o problema da definição do melhor argumento transforma-se no problema do reconhecimento da autoridade. [...] O melhor argumento depende da crença que tenho na autoridade de uma forma de vida que me parece ser capaz de realizar expectativas subjetivas de autorrealização. Mas tal forma de vida tem uma autoridade para mim porque aqueles que a enunciaram para mim têm, por sua vez, autoridade". Nisso o autor remete à ideia de *força de lei*, exposta por Jacques Derrida, que remete a um "fundamento místico da autoridade das leis" encontrado em Pascal e Montaigne, à circunstância de que se obedece a uma lei apenas porque nelas acreditamos em um "ato de fé que não é um fundamento ontológico ou racional" (DERRIDA, Jacques. *Força de lei:* o "fundamento místico da autoridade". Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 21). A autoridade legitima a violência, existente na razão, que exclui todos os procedimentos que não seguem os procedimentos por ela acolhidos (SAFATLE, Vladimir. *Op. cit.*, pp. 286-287).

[326] GIDDENS, Anthony. *As consequências da Modernidade*, cit., p. 36 e ss., especialmente p. 44.

[327] Em particular, o próprio valor positivo da verdade e o pressuposto (admitido sem questionamento) de que seria possível chegar a ela. V. GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Fé e saber. In: NOVAES, Adauto (Org.). *A invenção das crenças*. São Paulo: SESC SP, 2011, p. 138.

[328] LÖWY, Michael. *Ideologias e Ciência Social:* elementos para uma análise marxista. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1991, p. 56.

teoria científica, por mais sólida que seja, se apoia sempre sobre proposições não demonstráveis"[329]. Levada ao extremo – chamado de *cientificismo* –, essa idealização das capacidades da ciência corresponde à versão antirreligiosa do fundamentalismo. Trata-se de uma espécie de extremismo científico que nega, a partir dos seus próprios pressupostos (e de uma leitura pobre, generalista e simplista das religiões), a possibilidade da verdade religiosa e que "é extracientífico por definição, porque a idolatria de si própria não faz parte do repertório da ciência"[330].

Por tudo isso, convém ter em mente as observações de Hannah Arendt sobre o papel político da verdade. A autora reconhece que ninguém pode "atentar contra a própria matéria factual", recompondo os fatos como bem entender[331], e ressalta que a verdade se opõe à opinião no seu "modo de asserção da validade", pois a primeira, ao contrário da segunda, tem um elemento de coerção que a remove da discussão e do acordo, sendo irrelevante o número de apoiadores. No entanto, os fatos são sempre contingentes – poderiam ser quaisquer outros –, de modo que não há uma diferença substantiva entre uma verdade de fato e uma opinião[332]; é inviável traçar uma linha definitiva entre uma e outra, em particular porque isso dependeria de evidências de fato e estas são igualmente produzidas por seres humanos e, assim, limitadas e contestáveis[333]. A verdade pode, portanto, ser destruída pela violência ou pela persuasão, não

---

[329] BOUDON, Raymond. *A ideologia:* ou a origem das idéias recebidas. Tradução de Emir Sader. São Paulo: Ática, 1989, p. 43. O pensamento de Karl Popper aponta no mesmo sentido: para ele, seguindo Hume, mesmo um sem-número de corroborações empíricas seriam insuficientes para afirmar, logicamente, a veracidade de uma hipótese, porque qualquer evento em sentido contrário a falsificaria e não é possível ter conhecimento de todos os fatos para saber se isso ocorreu (ou ocorrerá). Dessa forma, o máximo que se pode dizer é que ela foi *verificada*. Além disso, como nenhum experimento é insuscetível ao erro, mesmo diante de um ou alguns eventos apontando em sentido oposto à hipótese, pode não ser possível refutá-la de todo. Ou seja: hipóteses já questionadas por testes empíricos podem continuar em voga. V. KARL Popper. In: *Stanford Encyclopaedia of Philosophy.* Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/popper/>. Acesso em: 22 ago. 2016.

[330] ROUANET, Sergio Paulo. Ciência e religião, cit., p. 177.

[331] ARENDT, Hannah. *Verdade e política*. Tradução de Manuel Alberto. Lisboa: Relógio d'água, 1995, p. 25.

[332] Uma observação interessante é feita por Maria Rita Kehl, que se menciona aqui para ilustrar a complexidade da questão: "As lendas mais inverossímeis conquistam, pelo menos no momento em que são narradas, a credulidade daquele que escuta ou lê. A teia de palavras envolve o leitor não tanto pela veracidade do que é contado, mas pela verossimilhança de sua estrutura interna. Não é a relação direta da palavra com o Real que importa aqui, mas a capacidade da palavra de cercar o Real, dar contorno e forma ao que até então permanecera inominável. [...] O uso da palavra é que lhe confere poder de verdade – a bem dizer, a palavra, ao ser acolhida pelo Outro, tem o poder de tornar verdadeiro aquilo que enuncia. [...] A relação da crença com a verdade é ambígua: o mais redondo engano, transmitido de maneira consistente entre os membros de um grupo, é capaz de criar ou modificar a realidade social. Só um psicótico é capaz de sustentar uma crença inteiramente privada, para seu uso solitário, fora do laço social" (KEHL, Maria Rita. Crença na palavra, aposta no sujeito. In: NOVAES, Adauto (Org.). *A invenção das crenças*. São Paulo: SESC SP, 2011, pp. 249-250 e 266).

[333] ARENDT, Hannah. *Verdade e política*, cit., pp. 30-31. Como afirma HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*, cit., p. 46: "Os fatos, que *afirmo* sobre um objeto, frente a outros que os podem contradizer, são *defendidos* e, em casos aplicáveis, *justificados*".

estando jamais segura diante do poder[334]. Mas, sobre isso, o que se pode fazer é conceder às instituições cuja autoridade repousa na capacidade de buscar a verdade (universidades, Judiciário) garantias que as situem fora do domínio da luta pelo poder e promovam o exercício imparcial dessas funções, libertas, tanto quanto possível, do interesse pessoal[335].

Mas há, ainda, o *segundo* ponto a se destacar. Como aponta Pierre Bourdieu[336], a produção cultural (inclusive científica) nem é pura, isenta de influências sociais, nem escrava de demandas político-econômicas; entre ela e seu contexto, há um plano intermediário, que denomina *campo:* o universo onde se inserem os agentes e as instituições que produzem a ciência. O campo científico refrata as demandas externas, traduzindo-as. Mas ele é um campo de força: seu espaço é criado pelos agentes e conformado pelas relações entre eles. A posição que cada um ocupa nessa estrutura de relações se reflete nos pontos de vista assumidos, nos objetos de estudo, nos lugares de publicação. Há, portanto, um *capital científico* – espécie do capital simbólico (fundado em atos de conhecimento e reconhecimento) – que é o crédito que atribuem ao titular seus pares-concorrentes. É esse capital que determina, *e.g.*, o que é ou não aceitável ou importante, e o que justifica ou não a publicação em certo periódico.

Como se passa em outros campos, também no científico o que se impõe é a arbitragem entre diferentes representações da realidade (imagens que se espera corresponderem ao real). O que o destaca em meios aos demais é que seus agentes estão de acordo quanto aos métodos que confirmam a conformidade com o "real". Mas não é só a força persuasiva de argumentos e razões que determina o que é admissível ou importante. Além da dependência de recursos econômicos, o campo científico pode ser mais ou menos autônomo conforme seja mais ou menos aberto à entrada de novatos e mais ou menos efetivo na aplicação de sanções[337].

Com isso, não se pretende questionar a higidez do método científico ou sua qualidade

---

[334] Na literatura, essa situação é exemplificada no romance *1984*, de George Orwell (Tradução de Alexandre Hubner e Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009). A obra se passa em um Estado totalitário, que tem como lema "Guerra é paz / Liberdade é escravidão / Ignorância é força". Seu protagonista é um funcionário do Ministério da Verdade, encarregado de "retificar" documentos (*e.g.*, notícias de jornal) para que as previsões correspondessem ao que de fato ocorreu depois ou para eliminar da História os registros da existência de opositores. O passado e o presente se tornam, assim, maleáveis aos interesses do regime. Na vida real, semelhante postura foi adotada por Stalin na União Soviética, que resolveu "apagar" a existência de Trotsky.

[335] ARENDT, Hannah. *Verdade e política*, cit., pp. 54-59.

[336] BOURDIEU, Pierre. *Os usos sociais da ciência:* por uma sociologia clínica do campo científico. Tradução de Denice Barbara Catani. São Paulo: UNESP, 2004.

[337] Pode-se recorrer mais uma vez a Boaventura de Sousa Santos, para quem o paradigma da ciência moderna "avança pela especialização e pela profissionalização do conhecimento, com o que gera uma nova simbiose entre saber e poder, onde não cabem os leigos que assim se vêem expropriados de competências cognitivas e desarmados dos poderes que elas conferem" (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*, cit., p. 37).

para produzir respostas satisfatórias, mas simplesmente o totalitarismo da ciência e da razão como únicas fontes de conhecimento válido[338]. Em parte, essa conclusão decorre da exposição de alguns pressupostos ocultos na racionalidade científica moderna e das formas de poder que, também no plano da ciência, tornam inviável falar-se em uma objetividade absoluta. Para que se tenha uma ideia, os métodos de Galileu – cuja célebre contenda com a religião é sempre lembrada – foram vistos por ninguém menos que Einstein como imperfeitos a ponto de só poderem ser completados por meio de ousadas especulações[339]. De outra parte, ressalta-se a inevitável limitação gerada pela fragmentação de objetos e métodos, que nem sempre é capaz de apreender fenômenos complexos, inclusive e especialmente os que envolvem as próprias pessoas, suas inclinações, paixões e sentimentos (como as Humanidades demonstram à exaustão). É possível lidar com isso pela negação do estranho e diferente, marginalizando quem usa discursos distintos do meu como "irracional", ou pela inclusão e pelo diálogo, na tentativa de compreender mais amplamente um objeto pela via de uma perspectiva nova[340].

Se o poder está presente tanto na religião como na ciência, pela autoridade que exclui discursos e fixa ortodoxias; se a preocupação é com a liberdade e o pluralismo; se a circulação livre de ideias e pensamentos é indispensável para que se possa sequer cogitar de uma busca pela verdade; em vez de eleger oráculos ou fontes absolutas, atribuindo aos demais um papel de inferioridade, o que se deve fazer é rigorosamente o inverso. É preciso desarmar todos os lados, cientistas e fiéis, e garantir que nenhum deles possa tomar para si o espaço do debate. É o que afirma Sergio Paulo Rouanet[341]:

> Se é verdade que o traço comum aos dois extremismos é seu caráter real ou potencialmente

[338] É interessante observar que os pontos acima não decorrem de uma observação exterior à razão, que afira a pertinência dos seus juízos a partir de perspectivas diversas (como a Revelação). Ao contrário, trata-se de uma radicalização da ideia bastante moderna de revisão de tradições, que é aplicada ao próprio paradigma moderno, em um movimento reflexivo. Como aponta Anthony Giddens: "quando as reivindicações da razão substituíram as da tradição, elas pareciam oferecer uma sensação de certeza maior do que a que era propiciada pelo dogma anterior. Mas esta ideia parece persuasiva apenas na medida em que não vemos que a reflexividade da modernidade de fato subverte a razão, pelo menos onde a razão é entendida como o ganho de conhecimento certo. [...] Em ciência, *nada* é certo, e nada pode ser provado, ainda que o empenho científico nos forneça a maior parte da informação digna de confiança sobre o mundo a que podemos aspirar. No coração do mundo da ciência sólida, a modernidade vagueia livre" (GIDDENS, Anthony. *As consequências da Modernidade*, cit., p. 47 e ss., especialmente pp. 49-50).

[339] SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*, cit., p. 26.

[340] Como afirma Bento Prado Júnior (*apud* SAFATLE, Vladimir. A crença no melhor argumento, cit., p. 273): "Irracionalismo é um pseudoconceito. Pertence mais à linguagem da injúria do que da análise. Que conteúdo poderia ter, sem uma prévia definição da Razão? Como há tantos conceitos de Razão quantas filosofias há, dir-se-ia que o *irracionalismo é a filosofia do Outro.* Ou pastichando uma frase de Émile Bréhier que, na ocasião, ponderava as acusações de 'libertinagem', poderíamos dizer 'on est toujours l'irrationaliste de quelqu'un'".

[341] ROUANET, Sergio Paulo. Ciência e religião, cit., pp. 183-184.

> antidemocrático, é óbvio em que direção devemos caminhar: criar condições para que nem a religião nem a razão secular evoluam num sentido autoritário. Isso significa "desideologizar" os dois campos, tirando-os do céu platônico das essências incorruptíveis e reconduzindo-os à cidade dos homens: uma religião sem fundamentalismo e uma razão leiga sem cientificismo.

Antes de concluir, há outro registro que não se pode deixar de fazer. Em que pese a base de confiança sobre a qual se erguem as ciências – e que as aproxima de uma crença –, nem por isso faz sentido igualá-las à religião, como se se tratasse da mesma coisa. A diferença fundamental parece estar em que aquelas, ao contrário da desta, admitem a precariedade de todo conhecimento e, se se apoiam em argumentos de autoridade, é só por razões pragmáticas – a inconveniência ou a inviabilidade de todos reconstruírem *ex nihilo* todo o conhecimento humano a cada vez – ou por distorções – a colonização das instituições científicas pelo poder econômico, por exemplo. A teologia, por sua vez, se baseia em uma (ou algumas) verdade(s) inquestionável(is), que forma(m) uma doutrina, para além da qual não se pode avançar *dentro* da religião[342]. Qualquer que seja o fundamento concreto da crença de alguém – a tradição, o carisma de um profeta, o texto sagrado –, ele será o ponto de partida e o limite máximo da investigação teológica, de modo que a distinção ortodoxia/heresia é um elemento necessário dessas doutrinas[343].

Não se trata de diferenciar entre "convencimento racional" e "persuasão emocional" – ambos presentes em todos esses domínios –, "objetividade" e "subjetividade", ou "verdade" e "crença"; cuida-se simplesmente de aceitar que os pontos de partida e as atitudes são diversas. A revisão das bases da ciência pode ser feita dentro dela mesma, pelo emprego dos métodos e instrumentos que ela fornece; sua abertura é um pressuposto, não se assumindo que seus fundamentos sejam imutáveis. Podem-se até criar novas disciplinas, segmentando outras, sem abalar o edifício da ciência (como se passou com a Psicologia). Já na religião, as coisas não se passam assim: o fiel que diverge dos dogmas é necessariamente um herege e, portanto, se situa sempre fora da religião para criticá-la (seja por fazê-lo pela óptica de outra religião, seja por adotar uma perspectiva, *e.g.*, filosófica ou sociológica). Só é possível debater *dentro* da religião a partir das mesmas verdades absolutas, porque são elas que definem aquela religião. Não por acaso, pode-se falar em ciência, no singular, mas apenas em religiões, no plural.

---

[342] McPHERSON, Thomas. *Philosophy and religious belief*. London: Hutchinson, 1974, pp. 110-111. Para o autor, enquanto a ciência admite testar qualquer hipótese, não importando de onde venha, a teologia parte de um dado corpo doutrinário. Essa afirmação pode ser estendida para o fenômeno religioso como um todo, porque mesmo o profeta ou sábio que inicia uma nova doutrina (ou reforma outra) recebe, estipula ou constrói novas verdades absolutas, que revogam ou adaptam as anteriores.

[343] FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*, cit., p. 42. O mesmo se aplica às doutrinas filosóficas e políticas e, por isso, seu regime haverá de ser semelhante, como se verá adiante.

3 **RELIGIÃO E FILOSOFIA POLÍTICA**

A religião é uma instituição social e a manipulação do conhecimento religioso gera relações de poder. Isso, por si só, já justifica seu enquadramento em uma perspectiva crítica, que submeta o exercício da autoridade religiosa ao crivo da Filosofia. Quando se observa, ademais, que o Estado interage com as comunidades éticas dos fiéis, o ponto se torna ainda mais relevante: há mais de um centro de poder que – como registra a História e explicam as Ciências Sociais – ora disputam a primazia, ora se aliam para mútua promoção. Atualmente, o Estado é o referencial básico da política e, nesse sentido, já suplantou a religião – a ponto de que mesmo quando se identifica com uma crença, o Estado a subordina e controla.

A questão que se coloca, então, é a seguinte: qual a forma *justa* de lidar politicamente com o fenômeno religioso? A pergunta reflete o pluralismo humano, na medida em que é a possibilidade de que existam (e a efetiva existência de) infinitas convicções éticas diferentes que põe em debate a viabilidade de fazê-las coexistir de maneira adequada. Curiosamente, porém, as respostas a essa questão não partem da perspectiva das pessoas, senão como base para construção de um poder absoluto. O que se faz, em verdade, é anular a diversidade por meio da instituição de um fundamento único para a ordem política, que se traduz, expressa ou implicitamente, na *doutrina da soberania*. De Hobbes a Kelsen, passando por Rousseau e Sieyès, o problema do pluralismo é afastado pela remissão a uma fonte primordial que cria o direito por um ato de vontade. A semelhança com o Gênesis é mais do que mera coincidência: a soberania é o conceito-chave (melhor dizendo: a palavra de ordem) da ideologia do Estado; foi ela que permitiu que o Estado, assumindo os apanágios, a ritualística e a transcendência de Deus, passasse a contar politicamente também com a onipotência d'Ele.

É porque a doutrina da soberania pretende justificar a submissão integral de todos – inclusive das religiões – e a transformação do Estado em uma divindade que este capítulo se inicia com uma investigação sobre ela. A principal ideia aqui é demonstrar que não há como falar em *liberdade religiosa* em um universo dominado pela soberania. Uma vez expostas as graves fragilidades dessa doutrina, passa-se a uma correção de perspectiva: tomando-se a óptica das pessoas como ponto de partida, é feita uma reconstrução dos principais elementos associados hoje ao *Estado democrático de Direito* (justiça política, dignidade, direitos fundamentais, democracia e Constituição), bem como suas relações com a questão religiosa. Tudo isso tem como objetivo construir uma base valorativa adequada para a compreensão das cláusulas constitucionais pertinentes – tema dos capítulos que se seguem.

3.1 **Soberania e religião**

No plano interno, a *soberania* é concebida como um atributo do poder político, que o torna incontrastável: ser soberano é ter supremacia sobre tudo e sobre todos no território de um Estado[344]. Compreendida dessa forma, ela se torna um recurso valioso para quem quer que ocupe uma posição de mando: as religiões serão admitidas se, quando e na medida em que se mostrarem úteis aos governantes ou, ao menos, não apresentarem perigo a sua condição.

No entanto, uma investigação mais aprofundada mostra que essa ideia não se sustenta no plano normativo. Em rigor, ela não passa de uma petição de princípio – dizer que o Estado é soberano já é tomar uma posição nos conflitos entre quem exerce o poder e o resto das pessoas. Quando o que está em discussão é a justiça da ordem política, é preciso superar esses expedientes retóricos e enxergar as coisas como elas, de fato, são: relações entre indivíduos, dentro e fora do governo, que devem uns aos outros uma justificativa para o que fazem. Como técnica de dominação, a soberania é incapaz de lidar com problemas de justiça política. E nenhuma de suas formulações se mostrou suficiente para tanto. Em todos os momentos, o que se vê é o mesmo problema: como falar em liberdade, justiça ou igual dignidade se a vontade de alguém (ou de alguns), qualquer que ela seja, é inquestionável pelos demais? O ponto será examinado nos tópicos seguintes, dedicados a uma breve digressão sobre o desenvolvimento da ideia de soberania, com particular ênfase na sua forma de lidar com a religião. Ao longo do percurso, serão apresentados novos elementos (*e.g.*, constitucionalismo) que, com algumas modificações, devem ser incorporados ao ideal do Estado democrático de Direito.

3.1.1 Maquiavel, Bodin e Hobbes: as origens do "deus mortal"

Do ponto de vista histórico, o processo de secularização levou a uma compreensão da religião como limitada à esfera privada, onde ela estaria protegida do Estado, mas impedida de se valer dele para seus próprios fins. Na medida em que a autonomia privada é conformada e

[344] Sobre o tema, v., dentre muitos outros, BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 132-133; DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 74 e ss. A soberania não é o resultado de uma reflexão teórica, mas o produto de lutas em que o príncipe e, depois, o Estado, se sagrou vitorioso diante de todos os demais pretendentes ao poder total (JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Tradução de Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Albatros, 1954, pp. 327-341).

delimitada por normas estatais – o que inclui a Constituição –, essa concepção só demonstra que o Estado saiu vitorioso na disputa com a religião. Isso não envolve necessariamente um problema, que só surge com a extrapolação dessa ideia pela doutrina da soberania: o espaço da religião tornou-se definido pelo direito, mas este – liberto das amarras daquela – se expôs à instrumentalização pelos ocupantes do poder. Com isso, o papel da religião se tornou variável ao sabor das conveniências do governante.

Era de se esperar que isso tivesse sido dito com toda a clareza por um autor como Maquiavel, preocupado apenas com a preservação do poder de mando[345]. Rompendo com a tradição que combinava moral, religião e política[346], ele foi o grande defensor da *amoralidade da política*[347]*:* a salvação do Estado (*i.e.*, a continuidade no poder) era, para ele, o fim último da política e exigiria do príncipe a *virtù*, "sabedoria de agir conforme as circunstâncias", combinando o "agir como homem e como animal"[348]. Tanto assim que, entre a efetiva posse de virtudes e a mera aparência de tê-las, ele prefere a segunda[349]. Nesse contexto de claro pragmatismo, é de grande relevância que os governantes apoiem a religião nacional, não por

---

[345] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade. v. 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 175: "A partir de Maquiavel passou-se a interpretar naturalisticamente um poder político saído dos contextos de tradições sagradas e a considerá-lo como um potencial que pode ser calculado pelos detentores do poder sob pontos de vista estratégicos e mobilizado de modo teleológico".

[346] MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe.* Trad., introd. e notas Antonio D'Elia. São Paulo: Cultrix, 1980, p. 101 (Cap. XV): "Resta ver agora como deve comportar-se um príncipe com os súditos ou com os amigos. Como sei que sobre isso muitos escreveram, receio, fazendo-o eu também, ser considerado presunçoso, principalmente porque, *ao tratar deste assunto, me afasto das regras estabelecidas pelos outros.* Mas sendo minha intenção escrever *coisa útil*, destinada a quem por ela se interessar, pareceu-me conveniente ir diretamente à efetiva verdade do que comprazer-me em imaginá-la. [...] E é tão diferente o *como se vive* do *como se deveria viver*, que aquele que desatende ao que se faz e se atém ao que se deveria fazer aprende antes a maneira de arruinar-se do que a preservar-se". De forma semelhante, confira-se o registro de SPINOZA, Baruch de. *Tratado político*. Tradução de e introd. José Pérez. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013, p. 33 (Cap. I, § 1) que, diante do desprezo dos filósofos pelas paixões humanas, apontou: "Daí que, em lugar de uma Ética, a mor parte das vezes fizeram uma Sátira, e jamais conceberam uma polícia praticável, porém arquitetaram mais uma Quimera, boa para ser aplicada no país da Utopia ou a essa idade de ouro na qual a arte dos políticos era certamente, mais supérflua. Por isso, deu-se em acreditar que, de todas as ciências suscetíveis de aplicação, a política é aquela em que a teoria mais difere da prática, e que nenhuma espécie de homens é menos própria ao governo do Estado que os teóricos ou filósofos".

[347] BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*, cit., p. 85 e ss.; CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das idéias políticas*, cit., pp. 38-40; NAY, Olivier. *História das idéias políticas*, cit., p. 145 e ss.

[348] SADEK, Maria Tereza. Nicolau Maquiavel: o cidadão sem *fortuna*, o intelectual de *virtù*. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. v. 1: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". 13. ed. 5. imp. São Paulo: Ática, 2001, p. 23.

[349] V. MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*, cit., pp. 112-3. Nas suas palavras: "um príncipe [...] não pode observar todas aquelas coisas que fazem com que os homens sejam considerados bons, por ser frequentemente obrigado, a fim de manter o Estado, a agir contra a fé, a caridade, a humanidade, a religião. [...] Nas ações de todos os homens, especialmente os príncipes, contra os quais não há tribunal a que recorrer, os fins é que contam. Faça, pois, o príncipe tudo para alcançar e manter o poder; os meios de que se valer serão sempre julgados honrosos e louvados por todos, porque o vulgo atenta sempre para aquilo que parece ser e para os resultados".

piedade particular, mas por interesse político[350].

Ideias semelhantes foram expostas por Thomas Hobbes e Jean Bodin – provavelmente as principais referências em matéria da soberania[351]. Nenhum dos dois questiona a autoridade das Escrituras ou, muito menos, a submissão de todos a Deus, inclusive do próprio príncipe. Mas ambos negam que qualquer instituição existente possa assumir para si esse papel de juiz supremo. Sem dúvida, os teólogos têm uma autoridade doutrinária que não é desprezível, mas disso não se extrai que possam servir de juízes entre os homens. Havendo disputas até sobre a interpretação correta da Bíblia, como saber qual das correntes leva à perdição ou à salvação? Impossível. Assim, mesmo sem negar a supremacia de Deus, foi necessário construir uma teoria política que não se baseasse na sua Palavra.

Bodin o afirma claramente: o soberano tem autoridade para estabelecer, como correta, uma religião para todo o reino – e é até desejável, do ponto de vista da coesão social, que todos compartilhem a mesma crença[352]. Só não é prudente que o faça diante do pluralismo, porque, a depender das circunstâncias, o compromisso com as diversas opiniões pode ser a única forma de evitar a guerra civil e manter a paz. Como a preservação do poder é o fim último a ser perseguido, a autolimitação do príncipe por meio de uma política de *tolerância* aumenta, em lugar de diminuir, a sua autoridade. Dessa forma, ele evita os riscos que assumiria ao tomar partido, ao mesmo tempo em que se mantém acima do debate, como árbitro e mediador supremo[353]. Na síntese de Stephen Holmes, para Bodin "a liberdade religiosa fortalece o Estado,

---

[350] MAQUIAVEL, Nicolau. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio.* Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1979, p. 61 (Cap. XII): "Os dirigentes de uma república ou de uma monarquia devem respeitar os fundamentos da religião nacional. Seguindo este preceito, ser-lhes-á fácil manter os sentimentos religiosos do Estado, a união e os bons costumes. Devem, ademais, favorecer tudo o que possa propagar esses sentimentos, mesmo que se trate de algo que considerem ser um erro. Quanto mais esclarecidos, e maior o seu conhecimento da ciência da natureza, mais firmemente devem agir assim".

[351] Bodin foi o responsável pela tradução da ideia de soberania em um conceito: "A soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma república". É *perpétuo* porque não pode ser limitado no tempo – o que pressuporia alguém, em posição mais elevada, a quem lhe caberia devolver a autoridade depois do seu período de exercício; e é *absoluto* porque não se submete a quaisquer condicionamentos ou balizas. Para o autor, esse "poder é absoluto e soberano porque não está sujeito a outra condição senão que à obediência ao que mandam a lei de Deus e à da natureza" (BODIN, Jean. *Los seis libros de la república*. 3. ed. Selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala. Madrid: Tecnos, 1997, p. 47-52 (Livro I)).

[352] BODIN, Jean. *Los seis libros de la república*, cit., p. 208 (Livro IV): "Os próprios ateus admitem que nada conserva melhor os Estados e as repúblicas que a religião, e que esta é o principal fundamento do poder dos monarcas e senhores, e da execução das leis, da obediência dos súditos, do respeito aos magistrados, do temor de fazer o mal e da amizade recíproca de todos. Por isso, é de suma importância que uma coisa tão sagrada como a religião não seja menosprezada nem posta em dúvida mediante disputas, pois isso conduz à ruína das repúblicas".

[353] HOLMES, Stephen. *Passions and constraint:* on the theory of liberal democracy. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1995, pp. 120-133. Nas palavras do próprio Bodin: "Se o príncipe soberano toma partido, deixará de ser árbitro soberano para se converter em chefe de partido e correrá o risco de perder sua vida, em especial quando a causa da sedição não é política. Assim está ocorrendo na Europa há cinquenta anos, por causa das guerras de religião" (BODIN, Jean. *Los seis libros de la república*, cit., p. 207 (Livro IV)). Além disso, ele acredita ser

torna possível um armistício entre seitas rivais e promove a supremacia da coroa"[354]. Seja como for, trata-se de uma questão de conveniência; as circunstâncias podem recomendar postura diversa[355].

A orientação de Hobbes a respeito da religião é igualmente interessante. Ele não deixa de se valer da Bíblia, tanto para usar a autoridade teológica em favor da sua tese, quanto para "abalar a autoridade das próprias Escrituras"[356]. Ele declara que a obediência ao poder secular é um dever sagrado dos cristãos[357] e nega que possam resistir ou mesmo exercer um "direito de martírio" caso o soberano os proíba de professar sua fé[358]. Para ele, não há conflito entre a salvação e a obediência ao soberano: se este for cristão, permitirá a fé e, mesmo que erre na interpretação das Escrituras, quem o seguir será salvo, não havendo, ademais, poder na Terra que possa julgá-lo; se for, porém, "infiel", resistir a ele é pecar – bastaria seguir a fé, que "é interior e invisível"[359]. Em qualquer caso, o soberano seria a máxima autoridade do Estado, inclusive em matéria de religião[360]. Segundo Leo Strauss, a "atitude pessoal de Hobbes em relação à religião positiva sempre foi a mesma: a religião deve servir ao Estado e será prezada ou desprezada de acordo com os serviços ou desserviços prestados ao Estado"[361]. Aqui também só importa a conveniência do príncipe.

Não por acaso, foi exatamente o princípio *cuius regio, eius religio* que restou acolhido pela Paz da Vestfália – documento que é considerado uma certidão de nascimento da noção de soberania. Em um pacto de não agressão, os vários soberanos reconheceram uns aos outros o poder de impor sua religião aos seus súditos. A mesma tônica, com outro resultado, se pode ver nas leis de tolerância que aos conflitos religiosos viram surgir em alguns países, como o Édito

---

mais eficaz que o príncipe conduza os súditos à verdadeira religião pelo exemplo do que pela força, porque "quanto mais se violenta a vontade dos homens, tanto mais eles resistem" (*Ibid.*, p. 208 (Livro IV)).

[354] HOLMES, Stephen. *Passions and constraint*, cit., p. 125.

[355] A tolerância, para Bodin, deve ser empregada "se for impossível estabelecer a verdadeira religião", para evitar o "mal maior" do ateísmo, já que a falta do temor a Deus poria em risco as instituições (BODIN, Jean. *Op.cit.*, p. 209 (Livro IV)).

[356] STRAUSS, Leo. O Estado e a religião. Tradução de Carlos Henrique Davidoff. In: QUIRINO, Célia Galvão; SADEK, Maria Tereza (Orgs.). *O pensamento político clássico:* Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu e Rousseau. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 104.

[357] HOBBES, Thomas. *Leviatã:* ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Os Pensadores), p. 125 e ss. (Cap. XX), que remete a diversas passagens da Bíblia para justificar a supremacia do Estado.

[358] STRAUSS, Leo. O Estado e a religião, cit., p. 105.

[359] HOBBES, Thomas. *Leviatã*, cit., pp. 349-350 (Cap. XLIII).

[360] SCATTOLA, Merio. *Teologia política*. Tradução de José Jacinto Correia Serra. Lisboa: Edições 70, 2009, pp. 132 e 136.

[361] STRAUSS, Leo. O Estado e a religião, cit., p. 107.

de Nantes (1598) na França[362], e o Ato de Tolerância (1688) na Inglaterra[363]. Tratava-se de meras concessões do soberano e, por isso, livremente suprimíveis – como bem comprova a revogação do Édito de Nantes pelo rei Luís XIV. A pureza da crença pôde ser inteiramente instrumentalizada aos fins das autoridades civis, sem medo de interferências externas. A espada espiritual se curvou, em definitivo, à espada temporal[364].

Esse pensamento radicaliza a transcendência de Deus – expulsando-o da teoria política –, mas curiosamente o reproduz internamente na figura do soberano, que passa a assumir todas as características associadas à divindade na tradição cristã. Onipotente, sua vontade é a medida da lei (*quod principi placuit legis habet vigorem*); ele não é limitado por nada na Terra (*princeps legibus solutus*) e seus atos são inquestionáveis, sendo antes corretos por definição (*the King can do no wrong*). Em sua própria figura, o príncipe traduz o mistério da Criação: situando-se em um plano de *anomia*, ele é o princípio e o fim, o alfa e o ômega do direito; todas as coisas se justificam por referência a sua vontade que, por sua vez, legitima a si própria – não tendo fundamentos externos, ele é *anárquico*. O soberano, tal como Deus, apenas *é*.

Isso teve consequências no discurso político, com a apropriação, pelo Estado, de símbolos e imagens religiosas, facilitada pela ambiguidade das Escrituras cristãs[365]. Como "ministro de Deus", vigário de Cristo, o príncipe era visto como a cabeça do corpo político tal como Jesus era considerado a cabeça do corpo espiritual dos cristãos[366]. Ele combinava em sua

---

[362] O Édito garante a liberdade da Igreja Católica e, na sequência, "permite" o culto protestante: "E para não restar ocasião de problemas e diferenças entre nossos súditos, temos permitido e permitimos que aqueles da dita Religião que se pretende reformada vivam e permaneçam em todas as cidades e lugares de (...) nosso reino e países de nossa obediência sem serem questionados, perturbados, molestados ou obrigados a fazerem algo em matéria de religião que seja contrário a sua consciência, nem por razão dela serem revistadas suas casas e os lugares onde queiram viver, desde que se comportem, de resto, nos termos contidos em nosso presente édito" (Disponível em: <http://www.henri-iv.culture.fr/medias/fr/pdf/0/740_10.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2016; omissões no original).

[363] O Ato removeu as penalidades aplicáveis a protestantes que não aderissem ao anglicanismo, desde que adotassem certos credos. As restrições aos católicos, por exemplo, foram lentamente levantadas em um longo processo, do final do século XVIII ao fim do século XIX, costumeiramente chamado de *Catholic emancipation*. Mas ainda no século XXI persistem limitações: católicos continuam proibidos de assumir a coroa britânica, embora uma lei de 2013 (*Succession to the Throne Act*) tenha revogado a mesma vedação, relativa a quem se casasse com um católico.

[364] CATROGA, Fernando. *Entre deuses e césares*, cit., p. 228: "nas regiões em que prevaleceram os princípios *cujus regio, ejus religio* e, sobretudo, *une foi, une loi, un roi* – divisas alheias ao caso americano –, desenvolveram-se experiências históricas que transformaram a *religião de Estado* em *razão de Estado*, ficando a fidelidade religiosa dissociada, mas subordinada, à fidelidade ao Soberano e, depois, ao Estado-Nação".

[365] No Evangelho de Mateus se afirma que, quando lhe perguntaram se os cristãos deveriam pagar impostos ao imperador romano, Jesus respondeu que se devia dar a César e a Deus o que coubesse a cada um (Mt 22:17-22), sugerindo uma independência entre essas esferas. Mas São Paulo, na Epístola aos Romanos, exige que todos se submetem às autoridades constituídas e chama os governantes civis de ministros de Deus (Rm 13:1-7).

[366] KANTOROWICZ, Ernst. *Les deux corps du roi:* essai sur la théologie politique au Moyen Âge. Tradução de Jean-Philippe Genet et Nicole Genet. Paris: Gallimard, 1957, p. 155 e ss.

pessoa a humanidade perecível de qualquer indivíduo e a *dignitas* da sua condição política – daí se dizer que *le roi ne meurt jamais* (*the King is dead, long live the King*)[367]. Como encarnação da unidade política[368], ele seria perpétuo como o Estado, o que a *teoria dos dois corpos do rei* tentava explicar mediante uma analogia com o corpo místico de Cristo[369]: o príncipe, "[i]magem de Deus, mas humano, é *imago Christi* e, portanto, como Cristo, é pessoa dupla dotada de duas naturezas ou corpos: seu corpo natural, finito e mortal, e seu corpo político, místico e imortal"[370]. Ou seja: Deus é expulso da ordem política apenas para ser substituído por outra divindade – que, ao contrário d'Ele, é de carne e osso e, por isso, falível e suscetível a paixões e abusos.

Apesar dos seus problemas, a teoria clássica da soberania se insere no contexto de dois movimentos que foram fundamentais para o direito constitucional contemporâneo. O *primeiro* deles foi a afirmação da *disponibilidade do direito:* um soberano ilimitado por instituições terrenas – inclusive a Igreja – pode moldar as normas como preferir. De início, isso serviu para submeter o direito aos interesses dominantes, instrumentalizando-o para fins particulares das elites políticas. Nada obstante, a afirmação da *positividade* do direito – o fato de ser posto por decisões e sempre passível de modificações – reflete a diferenciação entre o direito e a ética (religiosa ou não), que mais tarde levou à autonomia do sistema jurídico. Foi necessário esperar a Constituição moderna para que esse movimento se completasse, de forma que o direito disciplinasse até mesmo a sua própria produção[371]. De todo modo, o reconhecimento de que as normas jurídicas e as instituições são produtos da vontade humana já representa um desafio relevante à alienação: a Humanidade assume a sua responsabilidade na condução da política.

Em *segundo* lugar, a soberania fez com que se aperfeiçoasse a *institucionalização do poder*[372]. Isso fica evidente na doutrina de Hobbes, que sublinha o caráter *representativo* do soberano: o Estado é visto como uma pessoa artificial, abstrata, e o governante, como alguém

---

[367] KAHN, Paul W. The question of sovereignty. *Stanford Journal of International Law*, v. 40, pp. 259-282, 2004, p. 268.

[368] MORRIS, Christopher W. *Um ensaio sobre o Estado moderno*. Tradução de Sylmara Beletti. São Paulo: Landy, 2005, p. 365.

[369] AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer:* o poder soberano e a vida nua (I). 2. reimp. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p. 100.

[370] CHAUÍ, Marilena. *Política em Espinosa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 89.

[371] NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, pp. 69-70.

[372] Tratando do Estado como "institucionalização do poder", em um processo no qual este deixa de aderir à pessoa de um governante para pertencer ao Estado como pessoa abstrata, v. BURDEAU, Georges. *O Estado*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 6 e ss.

cujos atos são autorizados pelas pessoas[373]. Se para Hobbes isso resultava, de um lado, na afirmação da *potestas* absoluta do príncipe, é certo também, de outra parte, que se conferia assim ao povo a *auctoritas* do direito romano – a condição de repositório da legitimidade fundamental, de *auctor*, no sentido de quem autoriza ou ratifica os atos praticados por terceiros[374]. A multidão que forma o povo só se torna uma unidade porque a diversidade de opiniões sobre o certo e o errado é substituída pela referência à pessoa, à vontade e à decisão do soberano[375]. A submissão ao mesmo soberano é que o faz, de um conjunto de pessoas, uma coletividade.

3.1.2 Rousseau: vox populi, vox Dei

Guardadas as devidas proporções, as dificuldades enfrentadas pela doutrina da soberania se mantêm relativamente inalteradas com o pensamento de Jean-Jacques Rousseau. Na tentativa de garantir o governo da razão, ele buscou erigir um modelo político em que a lei fosse justa para todos. Isso ocorreria se ela correspondesse à *vontade geral – i.e.*, aos interesses comuns das pessoas, em oposição à *vontade de todos*, que seria uma mera agregação das vontades particulares[376]. Sendo ela a vontade real de todo o povo, segui-la seria nada mais que fazer o

---

[373] HOBBES, Thomas. *Leviatã*, cit., p. 107 (Cap. XVIII): "Diz-se que um *Estado* foi instituído quanto uma *multidão* de homens concordam e *pactuam*, *cada um com cada um dos outros*, que a qualquer *homem* ou *assembléia de homens* a quem seja atribuído pela maioria o *direito* de *representar* a pessoa de todos eles (ou seja, de se ser seu *representante*), todos sem exceção, tanto os que *votaram a favor dele* como os que *votaram contra ele*, deverão *autorizar* todos os atos e decisões desse homem ou assembléia de homens, tal como se fossem seus próprios atos e decisões, a fim de viverem em paz uns com os outros e serem protegidos dos restantes homens" (destacado no original).

[374] AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 117-118.

[375] SCHMITT, Carl. *Political theology:* four chapters on the concept of sovereignty. Tradução de George Schwab. Chicago: The University of Chicago Press, 1985, p. 49.

[376] Embora haja grande controvérsia sobre a interpretação dessa ideia – o texto de Rousseau não é isento de contradições –, parece claro que se a vontade geral, para ele, não erra, é porque ela é a medida do certo e do errado, correspondendo, assim, a um padrão objetivo de correção (SHKLAR, Judith. Reading the *Social Contract*. In: *Political thought & political thinkers.* Ed. Stanley Hoffmann. Chicago: The University of Chicago Press, 1998, p. 266). Nas palavras do próprio Rousseau: "Deve-se considerar, nesse sentido, que, menos do que o número de votos, aquilo que generaliza a vontade é o interesse comum que os une, pois nessa instituição cada um necessariamente se submete às condições que impõe aos outros: admirável acordo entre o interesse e a justiça, que dá às deliberações comuns um caráter de equidade que vimos desaparecer na discussão de qualquer negócio particular, pela falta de um interesse comum que uma e identifique a regra do juiz à da parte" (ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. In: *Do contrato social; Ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.* 5. ed. Tradução de Lourdes Santos Machado. Introd. e notas Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado.São Paulo: Nova Cultural, 1991 (Os pensadores; 6), p. 50

que se queria – e, assim, como por mágica, a obediência seria liberdade. Se a invocação dessa especial vontade fosse suficiente para garantir a justiça da decisão tomada com base nela, não haveria necessidade ou mesmo sentido em opor à coletividade qualquer tipo de resistência. Como ninguém é injusto consigo, a vontade geral não erraria jamais: a liberdade estaria, assim, na obediência à lei, de modo que, ao impor sua observância, as autoridades públicas nada mais fariam que obrigar os recalcitrantes a serem livres.

A enunciação elegante dessa teoria esbarra em, pelo menos, um problema prático importante: reunidas, as pessoas muitas vezes divergirão sobre as questões postas e não é viável imaginar que uma unanimidade se formará em torno da melhor decisão ou mesmo que compromissos serão sempre firmados. Nesses casos, tomar uma decisão significa escolher "vencedores" e "vencidos". Como decidir entre eles? Para Rousseau, diante de um dissenso, quem decide por todos é a *maioria*[377]. O resultado da deliberação simplesmente demonstraria que os "vencidos" estavam errados; só lhes restaria reconhecer que a vontade geral do povo corresponderia à linha capitaneada pelos "vencedores"[378]. Fica a pergunta: "de onde retira a maioria a virtude especial de nunca se equivocar acerca da verdadeira vontade geral?"[379].

Não é que todos estejam submetidos à própria vontade, mas sim que se sujeitam à vontade da maioria. Soberano, portanto, não é o povo, mas maioria que decide por ele – ponto que suscitou intensa crítica por parte de autores liberais, notadamente em função da possível (*rectius:* provável e frequente) opressão de minorias. Segundo Constant, o poder ilimitado é "igualmente um mal", seja ele confiado a um, a poucos ou a muitos[380]. As minorias foram lembradas também pelos *Founding Fathers* do EUA[381]. O mesmo apontou John Stuart Mill:

> O "povo" que exerce o poder não é sempre o mesmo povo sobre quem o poder é exercido; e o

(Livro II, Cap. IV)). A vontade de todos, como agregação de preferências individuais, se diferencia da vontade geral, que é o "denominador comum" às vontades de todos os cidadãos. Daí a afirmação de Rousseau de que "a vontade geral é sempre certa e tende sempre à utilidade pública", mas disso "não se segue [...] que as deliberações do povo tenham sempre a mesma exatidão" (*Ibid.*, p. 46-47 (Livro III, Cap. III)).

377 *Ibid.*, p. 120 (Livro IV, Cap. II).

378 *Ibid.*, pp. 120-121 (Livro IV, Cap. II).

379 CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*. 2. ed. 2. reimp. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica; Facultad de Derecho/UNAM, 2001, p. 1112.

380 CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 8.

381 MADISON, James. The Federalist No. 51. In: HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers.* New York: Pocket Books, 2004. p. 373-374: "É de grande importância em uma república não apenas proteger a sociedade contra a opressão de seus governantes; mas também proteger uma parte da sociedade contra a injustiça da outra parte. Há necessariamente diferentes interesses em diferentes classes de cidadãos. Se uma maioria se unir por um interesse comum, os direitos da minoria ficarão inseguros".

> "governo de si" de que se fala não é o governo de cada um por si mesmo, mas sim o governo de cada um por todos os outros. Além do mais, a vontade do povo significa, na prática, a vontade da *parte* mais numerosa ou mais ativa do povo: a maioria, ou aqueles que conseguem fazer-se aceitar como a maioria; consequentemente, o povo pode desejar oprimir uma parte do povo; e são tão necessárias precauções contra isto como contra quaisquer outros abusos de poder"[382].

Assim como em Hobbes, Deus permanece fora do mundo[383], mas não deixa de haver uma réplica sua – menos visível que o príncipe dos dois corpos, mas igualmente poderosa. A teoria da soberania é modificada apenas para que o povo ocupe o lugar do príncipe: as pessoas vêm e vão, nascem e morrem, mas o povo, como uma unidade, jamais deixa de existir. A inspiração divina cede lugar à "vontade geral" – que, à imagem daquela, seria sempre reta[384]. O povo passa a ser a energia que produz o direito. A mesma alienação total de direitos[385] e o mesmo poder de vida e morte do soberano estão presentes em Rousseau, que diz, com todas as letras: "quando o príncipe lhe diz: 'É útil ao Estado que morras', deve morrer, pois exatamente por essa condição que até então viveu em segurança e que sua vida não é mais mera dádiva da natureza, porém um dom condicional do Estado"[386].

Dessa forma, "o Estado de Rousseau nada mais é que o Leviatã hobbesiano, coroado com a Vontade Geral no lugar da coroa daqueles que o vocabulário jacobino chamava de '*les rois et le tyrans*'"[387]. Em matéria de religião, aliás, Rousseau foi explícito ao afirmar que

---

[382] MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de e introd. Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011, p. 28.

[383] ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social, cit., p. 53 (Livro II, Cap. VI) : "Toda a justiça vem de Deus, que é a sua única fonte; se soubéssemos, porém, recebê-la de tão alto, não teríamos necessidade nem de governo, nem de leis".

[384] Vale registrar, a propósito, a incrível semelhança entre o discurso de legitimação do poder político em Rousseau e a finalidade de salvação que explica o governo da Providência sobre o mundo: "a lei em Rousseau submete os homens só para torná-los mais livres [...]. E assim como, deixando-se governar por Deus, eles apenas deixam agir a própria natureza, assim também a soberania indivisível da Lei garante a coincidência de governantes e governados" (AGAMBEN, Giorgio. *O Reino e a glória:* uma genealogia teológica da economia e do governo. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2011 (Homo Sacer, II, 2), p. 299).

[385] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 32-33 (Livro I, Cap. VI): "Essas cláusulas [do contrato social], quando bem compreendidas, reduzem-se todas a uma só: a alienação total de cada associado, com todos os seus direitos, à comunidade toda [...]. Ademais, fazendo-se a alienação sem reservas, a união é tão perfeita quanto possa ser e a nenhum associado restará algo mais a reclamar, pois, se restassem alguns direitos aos particulares, como não haveria nesse caso um superior comum que pudesse decidir entre eles e o público, cada qual, sendo de certo modo seu próprio juiz, logo pretenderia sê-lo de todos; o estado de natureza subsistiria, e a associação se tornaria necessariamente tirânica ou vã".

[386] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 52 (Livro II, Cap. V). Continua a valer, assim, a máxima de Hobbes: "a liberdade dos súditos está apenas naquelas coisas que, ao regular suas ações, o soberano permitiu" (HOBBES, Thomas. *Leviatã*, cit., p. 131).

[387] MARITAIN, Jacques. The concept of sovereignty, cit., p. 353.

Hobbes acertara no tratamento do tema[388]. O monismo da sociedade política[389] exigiria que tudo se reconduzisse ao Estado: "o que rompe a unidade social, nada vale; todas as instituições que põem o homem em contradição consigo mesmo, nada valem"[390]. O autor tentou, sem sucesso, transformar a cidadania em uma religião cívica, capaz de combinar universalismo cristão, com sua relação imediata entre Deus e o fiel, e religião das cidades antigas, que uniam as comunidades em torno de uma identidade comum[391]. O que conseguiu, contudo, foi dar ao Leviatã uma enganosa aparência de legitimidade.

Sem prejuízo disso, ao resgatar e refundar o ideal antigo de democracia, é inegável que a obra de Rousseau deu um passo adiante em relação ao pensamento de Hobbes e Bodin. O que ele identificou com muita propriedade foi a injustiça de um arranjo político baseado na alienação total de todos em favor de um. Seu modelo tem a vantagem de insistir na ilegitimidade dessa distinção, evitando, assim, que o poder absoluto de mando adira a alguém em particular. Isso correspondeu a mais um passo na institucionalização do poder: *ninguém* mais se identifica com o Estado – tanto assim que, para ele, a vontade geral não pode ser representada[392]. No entanto, como apontou Constant, o soberano só pode agir apoiado em "uma organização prática da autoridade" e "a ação que se faz em nome de todos está, queira-se ou não, à disposição de um só ou de poucos", de forma que "dando-se a todos, não é verdade que não se dá a ninguém; ao contrário, dá-se aos que agem em nome de todos"[393]. Dessa forma, dizer que a vontade geral não pode ser delegada, alienada ou representada é reconhecer que esse "poder monstruoso" não pode realmente ser exercido; é "aniquilar de fato o princípio que acabava de proclamar"[394].

Rousseau não soube concretizar o ideal que construiu. Sua maior dificuldade parece ser

---

[388] ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social, cit., p. 139 (Livro IV, Cap. VIII): "O que os pagãos temiam aconteceu e, então, tudo mudou de aspecto. Os humildes cristãos logo mudaram de linguagem e logo se viu esse pretenso reino do outro mundo tornar-se neste, sob um chefe visível, o mais violento despotismo. No entanto, como sempre houve um príncipe e leis civis, resultou dessa dupla posse um conflito perpétuo de jurisdição que tornou toda a boa *politia* impossível nos Estados cristãos e jamais se conseguiu saber se era ao senhor ou ao padre que se estava obrigado a obedecer [...]. De todos os autores cristãos, o filósofo Hobbes é o único que viu muito bem o mal e o remédio, que ousou propor a reunião das duas cabeças da águia, e reconduzir-se tudo à unidade política, sem a qual jamais serão bem constituídos o Estado e o Governo".

[389] Rousseau era extremamente crítico quanto às "facções". Em sua opinião, a existência de "associações parciais" deturparia a vontade geral. Ele advoga, assim, a abolição dos corpos intermediários entre o soberano e o cidadão, ligando um diretamente ao outro. V. *Ibid.*, p. 47 (Livro II, Cap. III).

[390] *Loc. cit.*

[391] CORTINA, Adela. *Cidadãos do mundo:* para uma teoria da cidadania. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005, pp. 32-33.

[392] ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Op. cit.*, p. 106 (Livro III, Cap. XV).

[393] CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*, cit., p. 10-11.

[394] CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*, cit., p. 11.

lidar com a situação – sem dúvida, complexa – em que o corpo soberano e o conjunto de súditos se confundem. Ele corretamente percebeu que, para as pessoas serem livres, as instituições políticas devem pertencer e responder a todas igualmente – tanto assim que afirma "não haver vontade geral visando interesse particular", de modo que "quanto todo o povo estatui para todo o povo, só considera a si mesmo [...], sem qualquer divisão do todo. Então a matéria sobre a qual se estatui é geral como a vontade que a estatui"[395]. Seu principal erro foi imaginar que, para isso ocorresse, seria necessário fazer de todos um só. Isso se agravou ainda mais com a transposição – que nem Hobbes havia feito – da psique humana para a atuação da sociedade, que teria, assim, uma *vontade* própria. O problema é que a vontade é um fenômeno que só pode ser observado nos seres humanos quando individualmente considerados[396]: o povo não existe; o que há são as pessoas[397]. Disso resulta ser inviável presumir que a coletividade, tal como um indivíduo, não poderia prejudicar a si mesma (*i.e.*, fazer algo que não quer). Não existe um querer coletivo, mas apenas várias opiniões disputando o controle das instituições.

Consequentemente, o desafio está em construir instituições comuns em uma sociedade plural, sem abrir mão da positividade do direito – *i.e.*, sua livre modificação por decisões humanas – ou recair na submissão total do absolutismo. Alguém poderia dizer que os problemas acima teriam sido resolvidos com o advento da doutrina do poder constituinte. Mas isso não seria de todo verdadeiro.

3.1.3 Poder constituinte: o soberano envergonhado

Os documentos que são hoje considerados os grandes marcos do constitucionalismo –

---

[395] ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social, cit., p. 54 (Livro II, Cap. VI).

[396] Nas palavras de Hans Kelsen: "A esse respeito, supõe-se que o fenômeno que se costuma chamar, metaforicamente, 'vontade' da coletividade (em geral) e do Estado (em particular) não seja um dado psíquico e real, já que, em sentido psicológico, existem apenas vontades individuais. A chamada 'vontade' do Estado é apenas a expressão antropomórfica usada para indicar a ordem ideal da comunidade, ordem esta constituída por uma série de atos individuais cujo conteúdo ela representa. [...] o modo mais claro e, portanto, o mais compreensível para a grande massa [...] de exprimir essa relação puramente espiritual é o seguinte: a coletividade – hipostasiada numa pessoa (vale dizer, o Estado) como homem ou super-homem – 'quer' que seus membros de comportem de determinada maneira" (KELSEN, Hans. *A democracia.* Tradução de Ivone Castilho Benedetti et al. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 51).

[397] BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política:* a Filosofia Política e as lições dos clássicos. Org. Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 380; ELSTER, Jon. *Ulysses unbound:* studies in rationality, precommitment, and constraints. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2000, p. 168.

principalmente a Constituição dos EUA e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – iniciaram uma tradição, acompanhada pela Carta brasileira de 1988, em que a liberdade religiosa e a liberdade de consciência, de modo geral, são consagradas em termos bastante satisfatórios. Mas é preciso não tomar a forma pelo conteúdo; Constituições houve e há para todos os gostos (e interesses). Assim, não é a supremacia constitucional em si, mas o teor da Carta e o procedimento de sua elaboração que a legitimam do ponto de vista moral.

A onipotência do soberano não desapareceu na luta contra o absolutismo. Ao revés, ela foi preservada pelas formações posteriores para justificar seus rompimentos com o passado. A doutrina de Sieyès sobre o *poder constituinte* nada mais é que uma reformulação da soberania em termos mais simpáticos. Ele procurou instituir a diferença entre o *poder constituinte* da nação – que existiria antes de tudo e seria a origem de toda a legalidade – e o *poder constituído* dos órgãos por ela criados; estes, como delegatários, não poderiam tocar nas leis fundamentais postas pela nação[398]. Nesse conjunto de normas residiria a limitação do poder do Estado. No entanto, a nação em si, segundo Sieyès, "nunca sai do estado de natureza", sendo absolutamente ilimitada: "basta que sua vontade apareça para que todo direito político cesse, como se estivesse diante da fonte e do mestre supremo de todo o direito positivo"[399].

É inegável que a distinção entre poder constituinte e poder constituído estabelece um limite ao Estado, já que nega ao segundo a onipotência reconhecida ao primeiro. No entanto, o referencial teológico continua presente na obra de Sieyès: a nação é a nova divindade, igualmente absoluta[400]. O termo *nação*, contudo, é polissêmico, abrindo "a possibilidade de resultados sofísticos para o conceito e de um destino instrumental para a sua prática"[401]. Isso resulta da própria tentativa de traçar uma distinção entre nação e povo: negou-se a este a autoridade daquela[402] para impedir a revolta do poder constituído contra o constituinte. Na

---

[398] VIEIRA, Oscar Vilhena, *A Constituição e sua reserva de justiça:* um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 46-7.

[399] SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: qu'est-ce que le Tiers État?* Tradução de Norma Azevedo. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014, p. 42.

[400] ARENDT, Hannah. *Sobre a revolução*. Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 205: "O que fez inclusive o próprio Sieyès, a não ser simplesmente colocar a soberania da nação no lugar que o rei soberano deixara desocupado? [...] E, como não só a pessoa do rei tinha sido a fonte de todo o poder na terra mas também a sua vontade fora a origem de toda a lei terrena, de agora em diante a vontade da nação teria, evidentemente, de ser a própria lei".

[401] NEGRI, Antonio. *O poder constituinte:* ensaio sobre as alternativas da modernidade. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p. 43.

[402] Com o uso do termo *nação*, Sieyès enfatizava o que, em Rousseau, permanecia obscuro na distinção entre a "vontade geral" e a "vontade de todos": os interesses da coletividade seriam próprios e "eventualmente não se [confundiriam] nem se [reduziriam] aos interesses dos indivíduos que a compõem em determinado instante" FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 4. ed. rev., atual. e ampl. ed. São Paulo: Saraiva,

prática, porém, isso foi usado, *e.g.*, para restringir o sufrágio na democracia burguesa – afinal, se a nação deve ser representada, compete a ela selecionar quem a representa[403].

O pressuposto básico da doutrina é que a vontade do povo (ou de seus representantes), expressa em alguns momentos, deve prevalecer sobre a vontade do povo (ou de seus representantes), manifestada nas demais situações. A ideia é que, reconhecendo-se como soberano – e, assim, ilimitado e absoluto –, o povo toma consciência do caráter destrutivo do seu próprio poder e age para se constranger: sabendo que seu retorno significará o fim da ordem que acaba de instituir[404], o poder constituinte procura salvar sua obra de si mesmo. Seu principal papel, assim, é limitar a si próprio[405]: o soberano entra em cena apenas para aprisionar-se, concentrando-se em um evento especialíssimo, localizado no tempo e no espaço; como se a força que institui a Constituição esgotasse a potência constituinte. De fato, segundo a doutrina tradicional, o poder constituinte fica em "estado de latência" em condições ordinárias; sua supremacia é apropriada por sua obra: "a soberania popular" – limitada, então, ao momento constituinte – "se converte em supremacia da Constituição"[406]. Como resultado, no normal da vida, nem a maioria dos cidadãos, nem seus representantes são soberanos ou podem desfazer o que fez o poder constituinte.

No entanto, se já não é possível lidar com uma "vontade popular", que dirá admitir duas, ainda por cima em conflito. Além disso, não há evidência de que o poder constituinte seja melhor, mais preparado ou lúcido que as demais pessoas: "[a] sociedade não tem nem um *ego* nem um *id*"[407]. Sem superar o paradigma da soberania, o máximo que o constitucionalismo pode fazer é

2005, p. 23.

[403] BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*, cit., 2006, pp. 141-3.

[404] V. ARENDT, Hannah. *Sobre a revolução*, cit., p. 294. A plena viabilidade disso era defendida, *e.g.*, por Rousseau (Do contrato social, cit., p. 114), para quem "não há no Estado nenhuma lei fundamental que não possa ser revogada, nem mesmo o pacto social"; se os cidadãos se reunissem para rompê-lo, "não se pode duvidar que fosse muito legitimamente rompido". Na mesma linha sustentava Sieyès: "uma nação não pode nem alienar, nem se proibir o direito de mudar; e, qualquer que seja sua vontade, ela não pode cercear o direito de mudança assim que o interesse geral o exigir" (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*, cit., p. 41.).

[405] NEGRI, Antonio. *O poder constituinte*, cit., p. 13.

[406] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 131.

[407] ELSTER, Jon. *Ulysses unbound*, cit., p. 168. A maior sobriedade que o caracterizaria é contrariada pela História: as Constituições, em geral, são criadas em momentos de grande paixão, sendo certo que os méritos da democracia aparecem melhor em situações mais tranquilas, em que se pode garantir, na maior medida possível, uma discussão aberta e racional sobre os temas relevantes (SANTIAGO NINO, Carlos. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003, pp. 146-147). Ademais, é pouco provável que uma assembleia constituinte seja menos afetada pelos preconceitos existentes na sociedade, sendo igualmente utópico supor que seus membros não se moveriam por interesses pessoais ou sectários. A política constitucional, em tudo isso, é bastante similar à ordinária, e "não podemos esperar que constituintes imperfeitos criem constituições perfeitas para limitar as imperfeições de políticos no futuro" (ELSTER, Jon. *Ulysses unbound*, cit., pp. 156-162 e 173).

tentar prender uma força política em uma armadilha conceitual e teórica[408] – um conjunto de afirmações sobre as condições (de mobilização ou injustiça) que permitiriam a liberação da energia constituinte. Esta, contudo, pode ser facilmente capturada por quem quer que detenha o poder ou o controle dos meios de coerção. Assim compreendida, portanto, essa doutrina não passa de uma ideologia do culto à autoridade; rótulo vazio, apto a justificar qualquer autoproclamação bem-sucedida de poder.

O constituinte é um soberano envergonhado diante da sua onipotência[409]. Consciente de si mesmo, como se tivesse provado do fruto da Árvore do Conhecimento, ele esconde a sua nudez como Adão e Eva no Éden. Não espanta, então, que a principal preocupação da teoria correspondente seja *constitucionalizar* o poder constituinte, contendo-o por sua própria obra, a *Constituição*. Pela distinção entre o povo que se submete e o Povo soberano (ou Nação)[410], a doutina do poder constituinte tenta fazer a impossível conciliação entre poder absoluto e limitação do poder. Mas só o que consegue é a submissão total a uma autoridade absoluta, que – na pertinente invocação do Ato Institucional nº 1/1964 – "como Poder Constituinte, se legitima por si mesma".

Como era de se esperar, a religião permanece exposta à soberania, ainda que esta seja exercida por meio do poder constituinte. O desinteresse da doutrina clássica sobre o conteúdo das normas constitucionais permite falar aqui em um *positivismo constitucional*, para o qual só importa a fonte da norma – *i.e.*, o fato de que quem é dotado de poder a quis daquela forma. A liberdade deve ser exercida nos termos da Constituição, quaisquer que eles sejam[411], de modo que ela permanece uma concessão do soberano. Há inúmeras provas disso em matéria de religião: boa parte das Constituições editadas pelos Estados norte-americanos após sua Independência, que toleravam apenas confissões cristãs (mas não os católicos); a Carta brasileira de 1824, com sua explícita

---

[408] Assim compreendido, "o constitucionalismo parece estar construído sobre uma contradição: o reconhecimento do poder máximo do 'povo' jaz ao lado de arranjos institucionais que dividem, limitam e até superam o exercício desse poder" (LOUGHLIN, Martin. *The idea of public law*. Oxford: Oxford University Press, 2003, p. 112).

[409] Segundo Antonio Negri (*O poder constituinte*, cit., p. 13), "O poder constituinte, querendo o direito e a constituição, não quer outra coisa senão a regulação e, portanto, a autolimitação da própria força".

[410] A mesma ideia pode ser expressa de outras formas. É possível distinguir, *e.g.*, entre os "representantes ordinários" e os "representantes extraordinários" do Povo, sendo aqueles poderes constituídos, encarregados dos assuntos de governo, e estes o poder constituinte, dedicados a construir a base da organização política (SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa*, cit., pp. 43-44); ou entre uma função legislativa ordinária, confiada a representantes eleitos, e uma função legislativa suprema (*higherlawmaking*), que apenas o povo poderia exercer, em condições de elevada mobilização e após séria deliberação (ACKERMAN, Bruce. *We the* People. v. 1 – Foundations. Cambridge: Harvard University Press, 1991).

[411] Fábio Konder Comparato atribui isso à "ação ideológica do positivismo jurídico" (COMPARATO, Fábio Konder. Sobre a legitimidade das constituições, cit., pp. 58-59), mas parece mais adequado associá-la à doutrina do poder constituinte, combinada – ao menos na França – com a Escola da Exegese.

adoção do catolicismo; e mesmo a Lei Fundamental alemã, que, na prática, privilegia as denominações com um caráter mais institucionalizado, concedendo-lhes vantagens como pessoas jurídicas de direito público (*e.g.*, a colaboração estatal no recolhimento do "imposto eclesiástico").

A doutrina do poder constituinte foi um passo adiante no sentido da institucionalização do poder: em vez de unificar a sociedade pela submissão a uma pessoa, ela promove a coesão política pela sujeição de todos à mesma *ordem jurídica* abstrata. Isso confere uma renovada relevância à conhecida afirmação de Cícero de que "os que partilham a mesma lei e o mesmo direito devem considerar-se como membros da mesma comunidade"[412]. A unidade da sociedade política decorre da sujeição a instituições comuns. O próprio Kant define o Estado como "a união de uma multidão de seres humanos submetida a leis de direito"[413].

Além disso, como o soberano sai de cena assim que produz a sua obra, a Constituição moderna serve como garantia formal da positividade do direito, fechando o sistema jurídico e, assim, assegurando a sua autonomia – inclusive em relação ao sistema político: a vontade dos grupos dominantes não se traduz em direito automaticamente; é preciso que seja mediada pelas normas constitucionais. Nem tudo pode ser direito, mas só o que elas admitem como tal[414]. Ademais, a substituição do soberano pela Carta promove um grau de inclusão jamais visto até então – não há vazio jurídico ou espaço de não-direito: a ordem jurídica, por meio da Constituição, se estende a todo e qualquer governante ou agente público, de qualquer órgão ou Poder. Nenhuma autoridade pública está situada fora da alçada do direito; todas têm normas às quais devem respeito. Apesar disso, a Carta preserva do paradigma da soberania o que ele trouxe de positivo: ela não tem o caráter intocável do direito sacro ou a imutabilidade do direito natural, mas admite, também para si mesma, a possibilidade de alteração, seja por via de reforma constitucional, seja por mudanças na sua interpretação[415].

Por tudo isso, é inegável a importância da Constituição para a adequada regulação das relações entre o Estado e as religiões. No entanto, as observações feitas acima mantém acesa a luz amarela que qualquer exercício de soberania justifica: nada do que se disse conduz à conclusão de que *qualquer Constituição* baste ou dê conta da tarefa que lhe cabe. Diante dessa constatação, são duas as posturas possíveis: partir para a crítica da própria Carta ou abandoná-la completamente. O segundo caminho foi o adotado pelo positivismo normativista.

---

[412] CÍCERO, M. Túlio. *Das leis*. Trad., introd. e notas Otávio T. de Brito. São Paulo: Cultrix, 1967, p. 42.

[413] KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad., textos adicionais e notas Edson Bini. 2. ed. rev. Bauru: EDIPRO, 2008 (Série Clássicos Edipro), p. 155.

[414] NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, cit., p. 69 e ss.

[415] *Ibid.*, p. 72.

3.1.4 Positivismo normativista: pseudoagnosticismo político

Se a teoria do poder constituinte oferece um soberano envergonhado, o positivismo normativista procura ocultá-lo inteiramente. Para todos os efeitos, nada há além do direito. Em lugar de uma explícita teogonia de matriz semítica, em que Deus é apresentado como um legislador soberano, o normativismo afirma pensar o mundo, não como o produto da vontade de alguém, mas como algo que simplesmente é, à semelhança da cosmogonia grega[416]. Não se nega (nem se afirma) um princípio que se move da política para o direito; se existir, ele se situa fora do plano jurídico e, por isso, fora das preocupações da Ciência do Direito.

Tome-se, por exemplo, a doutrina de Hans Kelsen. Para ele, o simples "fato de alguém ordenar seja o que for não é fundamento para considerar o respectivo comando como válido, quer dizer, para ver a respectiva norma como vinculante em relação aos seus destinatários"[417]. A obrigatoriedade das normas é resultado da competência da autoridade que as criou, mas "uma tal competência somente se pode apoiar sobre uma norma que confira poder para fixar normas"[418]. No entanto, como toda norma exige outra, que lhe seja anterior, essa regressão tenderia ao infinito. Seria necessário afirmar, então, que a primeira norma histórica, por não ser posterior a qualquer outra, teria seu fundamento em uma "autoridade metajurídica, como Deus ou a natureza"[419]. Em vez de investigar essa questão, Kelsen dá por encerrado o debate: invoca a norma fundamental como pressuposição lógico-transcendental[420], que nada mais é que a

---

[416] Talvez o aspecto mais interessante da cosmogonia grega seja a espontaneidade que guia o processo da Criação: do Caos – que simplesmente surge – nasce a Terra que, por si só, gera as montanhas, o Mar e o próprio Céu, um igual a ela, a quem desposa para criar os Titãs. De alguma forma, o vazio inicial dá origem a todas as coisas que existem, sem que se discuta que energia é essa que faz o nada criar tudo. Não há dúvida de que ela está presente, até porque indicar a substância primordial não explica o que lhe dá movimento, o que a faz transformar-se em algo diverso. Apesar disso, é possível viver sem suscitar essa questão (deixando-a entre parênteses) e apenas aceitar como um fato que esse evento aconteceu, qualquer que seja o motor subjacente a ele.

[417] KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996, pp. 216-217.

[418] *Loc. cit.*

[419] *Ibid.*, pp. 223-224.

[420] KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, cit., p. 224: "a validade desta Constituição, a aceitação de que ela constitui uma norma vinculante, tem de ser pressuposta para que seja possível interpretar os atos postos em conformidade com ela como criação ou aplicação de normas jurídicas gerais válidas, e os atos postos em aplicação destas normas jurídicas gerais como criação ou aplicação de normas jurídicas individuais válidas. Dado que o fundamento de validade de uma norma somente pode ser uma outra norma, este pressuposto tem de ser uma norma: não uma norma posta por uma autoridade jurídica, mas uma norma pressuposta [...]. Como essa norma é a norma fundamental de uma ordem jurídica, isto é, de uma ordem que estatui atos coercitivos, a proposição que descreve

obediência pela obediência[421]. A autoridade do soberano é um pressuposto do sistema jurídico. Como o *Estado*, na teoria pura, é um sinônimo da *ordem jurídica*[422], a competência constituinte é anterior às próprias instituições estatais, sendo tomada, assim, como um dado[423] – como Deus diante da Criação.

Um raciocínio semelhante pode ser encontrado na obra de H. L. A. Hart. Segundo o autor, a validade das normas jurídicas é determinada por uma *regra de reconhecimento*, que permite identificar os comandos que integram um determinado sistema jurídico. É apenas nesse contexto que se pode falar em *validade*. Essa questão, contudo, é impertinente no que se refere à regra de reconhecimento em si mesma, cuja existência seria apenas um *fato*[424].

Isso também se destaca na obra de Joseph Raz. Para o autor, as normas jurídicas são comandos que definem comportamentos a serem observados e, ao mesmo tempo, excluem a possibilidade de que o destinatário opte por agir de outra forma com base em outras razões (*e.g.*, seus desejos)[425]. Para ele, o que caracterizaria o direito seria a circunstância de sua obrigatoriedade se sobrepor a qualquer juízo ou fundamento moral, porque fundada em *fatos* – *i.e.*, as fontes jurídicas[426].

Como se vê, o edifício teórico do normativismo é construído sobre a relação entre as normas e sua fonte. Esta, porém, está fora da discussão: o problema da criação do direito não é capturado inteiramente, sendo tratado como "metajurídico". Verdade seja dita, não há nada de errado nisso; a definição do objeto de estudo integra o esforço de sistematização e, em alguma medida, pode envolver opções mais ou menos arbitrárias. Nada obstante, devem-se questionar as preferências ocultas nessas opções e as consequências que delas decorrem. À delimitação do objeto de estudo não corresponde uma negação de sua complexidade; o fato de o Direito não examinar o momento constituinte não significa que ele não exista ou, muito menos, que seja irrelevante. O máximo que se pode dizer é que o instrumental teórico desenvolvido para o

---

tal norma, a proposição fundamental da ordem jurídica estadual em questão, diz: devem ser postos atos de coerção sob os pressupostos e pela forma que estatuem a primeira Constituição histórica e as normas estabelecidas em conformidade com ela. (Em forma abreviada: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve.)"

[421] Trata-se, por isso, de um "normativismo oco", que se funda "numa petição de princípio" (COMPARATO, Fábio Konder. Sobre a legitimidade das constituições, cit., p. 55).

[422] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, cit., p. 316 e ss.

[423] A aproximação da teoria do Estado com a teologia, no pensamento de Kelsen, resta evidente nas obras *O ilícito do Estado*, O *conceito sociológico e o conceito jurídico do Estado* e *Deus e o Estado*, segundo SCATTOLA, Merio. *Teologia política*, cit., p. 184 e ss.

[424] HART, H. L. A. *The concept of law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1994, pp. 109-110.

[425] RAZ, Joseph. *The authority of law*. 2nd ed. Oxford: Oxford, 2009, p. 18.

[426] *Ibid.*, p. 47-52.

contexto jurídico talvez não seja adequado para a compreensão de fenômenos não estudados pelos juristas. Disso se extrai que, diante da energia inaugural do absoluto, o papel do Direito "puro" nunca poderia ser o de apoiar ou negar legitimidade a ele, porque sua doutrina não contempla esse ponto.

Não é isso, todavia, o que se verifica na prática. O apego à norma fundamental, à regra de reconhecimento e às fontes como *fatos* significa a obrigatoriedade de sua obediência cega – já que eles mesmos não estão em disputa. Essa talvez não tenha sido uma consequência desejada por seus defensores, mas a generalização dessa concepção do Direito acabou desarmando as sociedades ocidentais, que ficaram privadas de qualquer fundamento teórico para lutar contra o arbítrio[427]. Se a autoridade do direito não é passível de justificação, mas apenas de remissão a um fato, o poder de impor sua autoridade só pode ser explicado como um ato de violência: destruída a oposição e garantida a obediência, a subordinação do direito à vontade dos vencedores torna-se realmente um fato[428]; "no vértice do sistema normativo, *lex et potestas convertuntur*"[429].

Dessa forma, apesar de seu suposto agnosticismo – sua tentativa de não investigar o soberano –, o positivismo normativista acaba reproduzindo silenciosamente um discurso de "legitimação" que exige a obediência a qualquer um que se imponha pela força. Ao ver a autoridade como um fato, atribuindo-lhe o *status* de pressuposto – e, por isso, inquestionável –, o normativismo transforma o Direito em um instrumento burocrático de dominação[430]. O Estado – *rectius:* os "indivíduos cujos atos são atribuídos ao Estado"[431] – assume(m), assim, a

---

[427] RADBRUCH, G. Statutory lawlessness and supra-statutory law (1946). Translated by Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 1, p. 1-11, 2006, p. 6. Tratando do que considera ser "o único elemento *político* na religião tradicional; o medo do Inferno", Hannah Arendt afirma que, diante da privação desse conceito como decorrência da secularização, "[a] Alemanha de Hitler demonstrou [...] que uma ideologia que quase conscientemente inverteu o mandamento 'Não matarás' não precisa enfrentar a resistência muito poderosa de uma consciência treinada na tradição ocidental" (ARENDT, Hannah. Religião e política, cit., 2006, pp. 69-70).

[428] Até um decisionista como Carl Schmitt criticava esse ponto: "Não se sustentando no direito natural ou na lei da razão, apegando-se meramente a normas factualmente 'válidas', a doutrina do direito público dos períodos guilhermino e de Weimar, com seu assim chamado positivismo e normativismo, foi apenas um normativismo deteriorado e, por isso, autocontraditório. Misturado com um tipo específico de positivismo, foi simplesmente um decisionismo degenerado, cego ao direito, que se prendia ao 'poder normativo do factual' e não a uma decisão genuína. Essa mistura disforme, inadequada para qualquer estrutura, não era páreo para qualquer problema sério relativo ao estado e à constituição. [...] Para evitar a necessária decisão, o direito público alemão cunhou para tais casos um ditado que saiu pela culatra e que ele ainda carrega como seu lema: 'Aqui é onde para o direito público'" (SCHMITT, Carl. *Political theology*, cit., pp. 3-4).

[429] BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da Política*, cit., p. 252.

[430] NOVAIS, Jorge Reis *Contributo para uma teoria do Estado de Direito:* do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Coimbra, 1987 (Separata do volume XXIX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), pp. 126-127.

[431] KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*, cit., p. 346.

papel do onipotente criador do direito, a divindade oculta no que, em verdade, não passa de um pseudoagnosticismo[432].

Novamente: não há nada de errado – metodologicamente falando – na opção por um corte no objeto de estudos. É razoável (e, às vezes, necessário) optar por não avançar para além de determinado ponto da argumentação. Nada obstante, disso não se extrai que não haja nada atrás desse muro. Não é a realidade que deve se adequar à teoria, mas o exato oposto. Ao subordinar o direito (e as pessoas) ao domínio dos fatos, o pseudoagnosticismo positivista esconde o absoluto, mas não deixa de lhe render homenagem. O Estado, assim, continua soberano; e os indivíduos, apenas súditos, entregues à sua mercê.

3.1.5 O fim da soberania

O Estado moderno foi criado pela doutrina da soberania. Foi ela que, em sucessivas abstrações desde a doutrina dos dois corpos do rei, promoveu a formação de um ente abstrato, simultaneamente identificado com o povo (de quem extrai sua supremacia) e diferenciado dele (sobre o qual exerce o seu poder), a ponto de absorver e submeter a tudo e a todos. Dessa forma, a superioridade do poder político sobre a religião está no código genético do Estado desde a Modernidade. O que estava em jogo, em suma, era a condição de universo simbólico dominante. Para ocupar esse espaço, até então reservado à religião, o Estado avocou para si o papel que até então cabia a Deus na legitimação do mundo político.

Além do recurso direto à crença – de que a teoria do direito divino dos reis é o exemplo mais evidente –, a apropriação das formas e dos conceitos teológicos por parte da política foi de imensa relevância para a formação do Estado. E ainda que não se valha mais explicitamente de qualquer doutrina religiosa para se legitimar, ele continua a ostentar os apanágios de divindade, mesmo sem remeter a crenças específicas. Onde havia a voz de Deus, passou a estar

[432] A aproximação com a divindade, na doutrina de Kelsen, é bem anterior a sua *Teoria pura do Direito*, remontando a obras das décadas de 1910 e 1920. Ela decorre da necessidade, que ele sentia, de "personificar a unidade do ordenamento jurídico como se ela fosse produto de uma única vontade" – tendência que também estaria presente nas religiões monoteístas. A ligação problemática entre o plano da transcendência absoluta (de Deus e do Estado) com o relativo e o passageiro (a natureza e o direito) sugere uma dupla natureza do absoluto, que, apesar de autossuficiente, se faz presente na imanência, pela encarnação de Cristo e pela autolimitação da soberania. No entanto, como permanece superior aos seus limites, o transcendente pode sempre rompê-las pela via do milagre, na teologia, e do ato de Estado, no direito público. Abandonar essa situação só é possível, para ele, pela substituição do monoteísmo por "um radical panteísmo, no qual Deus é igual ao mundo [...]" (SCATTOLA, Merio. *Teologia política*, cit., pp. 184-186).

a voz do soberano – qualquer que fosse a sua roupagem: príncipe absoluto, maioria ou poder constituinte. A pressuposição básica por trás disso é a aparente necessidade de substituir a cacofonia da multidão pelo canto solo, de forma que a multiplicidade de opiniões sobre o certo e o errado dê lugar a uma pauta objetiva de condutas[433]. No entanto, em um mundo acostumado a aceitar que a moralidade deriva da vontade – o Decálogo é um conjunto de comandos (Mandamentos) –, o fim da referência às divindades no Direito levou apenas a sua substituição pelo soberano. Deus foi confinado no Céu e, na Terra, seu trono foi ocupado pelos príncipes, pelas maiorias ou pelo poder constituinte. A ordem jurídica, que tinha sua fonte na Palavra de Deus, passou a encontrá-la no *fiat* do soberano.

Há uma vantagem nesse tipo de raciocínio. O soberano proporciona um ponto de partida para o pensamento que, de outra forma, poderia regredir ao infinito – ele fornece uma âncora para o direito[434]. O fato de que se decidiu em certo sentido serve de base para toda a ordem jurídica desenvolvida daí para baixo. O soberano é o alfa e ômega da política; sua existência e onipotência são dadas ou pressupostas – como, aliás, bem revela o positivismo normativista. O seu *ser* é o princípio que legitima tudo, mas é, em si mesmo, inquestionável – a cadeia de autoridade termina nele, de modo que o seu querer é uma ordem.

A questão que a soberania procurou resolver era a ordenação do caos: a criação da sociedade pela unificação da multidão em um corpo político capaz de ação autônoma e coordenada[435]. Com isso, resolve-se o problema da cacofonia: todas as vozes cedem ao comando do soberano e passa a haver certeza sobre o certo e o errado. Não é mais a opinião de cada um que rege as condutas, mas o comando do príncipe, da maioria ou do poder constituinte. O valor da teoria está em buscar a superação dos fins pessoais, insistindo em que a atuação dos indivíduos se insere no contexto maior, em que os interesses de todos devem ser considerados[436]. Mas isso pressupõe a transcendência desse ponto de vista – que não pode se

---

[433] GRIMM, Dieter. Conflicts between general laws and religious norms. *Cardozo Law Review*, v. 30, n. 6, pp. 2369-2382, 2008, p. 2372: "Para desempenhar sua tarefa de pacificação, o portador desse poder público sem precedentes assumiu o direito de criar leis independentemente da revelação divina e de exigir seu cumprimento de todos, um direito que pressupunha o monopólio da força legítima [...]".

[434] V. ARENDT, Hannah. *Sobre a revolução*, cit., pp. 238-239. V., ainda, p. 264: "O problema do início é resolvido com a introdução de um iniciador cujo próprio início não está mais sujeito a indagações pois vai 'da eternidade à eternidade'. Essa eternidade é o absoluto da temporalidade, e na medida em que o início do universo retrocede a essa região do absoluto, ele deixa de ser arbitrário e se enraíza em algo que, mesmo que possa ultrapassar as capacidades racionais do homem, possui uma razão, um fundamento racional próprio".

[435] LINDAHL, Hans. Sovereignty and symbolization. *Rechststheorie*, v. 28, n. 3, pp. 347-371, 1997, p. 352.

[436] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, cit., v. 2, p. 78: "Na sua forma clássica, o problema hobbesiano tinha se colocado da forma seguinte: de que modo o encontro das perspectivas egocêntricas de indivíduos que agem no interesse próprio pode produzir uma ordem capaz de obrigar os atores individuais a levar em conta os interesses de outrem?".

confundir com o de ninguém ou de nenhum grupo em particular – e aqui se mostra o erro da doutrina da soberania, que insistiu em encontrar, *dentro* da sociedade, um elemento anômico e absoluto.

Para preservar o soberano *fora* do mundo – acima das disputas e controvérsias –, sua ação *dentro* da coletividade só pode ocorrer mediante *representação*[437]. A mediação de Deus pelo príncipe servia a esse propósito, assim como, na doutrina constitucionalista, a distinção entre poder constituinte e poder constituído. O autoritarismo entra em cena quando se elimina a representação e se afirma a *presença imediata* do soberano (*e.g.*, com a identificação do povo com o líder nos regimes autoritários)[438]. Ocorre, porém, que nem o Estado, nem o povo podem ser considerados realmente soberanos – o primeiro, porque é um instrumento da coletividade e, por isso, não a transcende; o segundo, porque "seria simplesmente sem sentido conceber as pessoas governando-se *separadas de si mesmas e acima de si mesmas*" – e é essa noção deturpada que subjaz à vontade geral de Rousseau, como se o povo soberano fosse algo distinto da multidão que o compõe[439]. A aparência de legitimidade esconde a dominação e desvia a atenção do que realmente importa: quem decide, e com que fundamentos, em nome da coletividade[440]?

O objetivo era dar uma resposta à pergunta "Por que se deve obedecer?" e o que a teoria da soberania oferece é pouco mais que um "Porque sim", contrapondo a sujeição total à anarquia, como se essas fossem as únicas alternativas disponíveis. Se não é bom que todos façam o que quiserem, então temos de nos submeter integralmente ao soberano – e a ele, sim, será lícito fazer o que quiser conosco. Contudo, ao contrário de Deus (descrito em geral como perfeito), o titular da soberania é uma pessoa ou um conjunto de pessoas e, por isso, passível de abusos e excessos, como a História mostrou fartamente.

No limite, o Estado que tudo pode se transforma em um verdadeiro monstro: é o Estado totalitário, defendido por Mussolini, e concretizado ao máximo de suas terríveis potencialidades na Alemanha de Hitler e na União Soviética de Stalin. Expressão absoluta do ideal moderno de construção do mundo pela vontade humana[441] e de concentração de poder[442], a ideologia

---

[437] LINDAHL, Hans. Sovereignty and symbolization, cit., p. 354.

[438] *Ibid.*, pp. 356-359.

[439] MARITAIN, Jacques. The concept of sovereignty, cit., p. 352.

[440] AGAMBEN, Giorgio. *O Reino e a glória*, cit., pp. 298-299.

[441] FERRY, Luc. [Face ao totalitarismo.] In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Dir.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001, pp. 84-86.

[442] GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*, cit., 1991, p. 18: "O 'despotismo' parecia ser principalmente característico de Estados pré-modernos. Na esteira de ascensão do fascismo, do Holocausto, do

totalitária constitui uma verdadeira *religião política*, formulando uma concepção de ser humano e de mundo que absorve e domina todo o restante da existência e orienta a conduta individual. O fato de combaterem as outras religiões sugere seu desejo de substituí-las por uma confissão secular apresentada em "uma forma extrema que se traduz em sistemas organizados de crenças e práticas administradas por um verdadeiro clero político"[443]. Como encarnação de uma verdade transcendente, o Estado totalitário se legitima a si mesmo[444], enquanto a presença contínua do soberano transforma o estado de exceção em normalidade, fazendo de todas as pessoas *homines sacri*, "vidas nuas", "matáveis", reduzidas ao funcionamento fisiológico, como demonstra a experiência dos campos de concentração[445].

Assim, o pecado original da doutrina da soberania é ignorar o caráter representativo do soberano, pela transformação do caráter vicário da sua autoridade[446] – que é exercida em nome de terceiros – em uma verdadeira *alienação*. Em vez de ser pensado como um direito, que pode ser exercido por alguém em nome de outrem, o poder é visto, na teoria da soberania, como uma propriedade, que só pode caber a um órgão em caráter exclusivo[447]. O resultado disso foi a sacralização do Estado como porta-voz de uma vontade única, imputável a todos os cidadãos – que corresponde, na prática, à imposição unilateral da opinião de alguém sobre as dos outros. É preciso ir além das abstrações e fantasias, e aceitar que o Estado, transformado em pessoa jurídica por motivos operacionais, não deixa de ser um apanhado de pessoas em que algumas mandam em todas.

O que se expôs acima demonstra que não há como conciliar liberdade e soberania. Se a primeira têm algum sentido é justamente proibir o tipo de submissão acrítica postulado pela teoria da soberania. A emancipação do ser humano não corresponde à substituição de um soberano por outro, mas ao rompimento com a subordinação total a autoridades inquestionáveis. Não há uma autoridade, externa à ordem, que a legitime. Quando se diz que o povo é soberano,

---

stalinismo e de outros episódios da história do século XX, podemos ver que a possibilidade de totalitarismos é contida dentro dos parâmetros da modernidade ao invés de ser por eles excluída. [...] O governo totalitário combina poder político, militar e ideológico de forma mais concentrada do que jamais foi possível antes da emergência dos Estados-nação modernos".

[443] WILLAIME, Jean-Paul. *Sociologia das religiões*, cit., pp. 130-131.

[444] ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo:* antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 612 e ss.

[445] AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*, cit., p. 175 e ss.

[446] Mesmo o Digesto sustentava a autoridade absoluta do Imperador romano em uma delegação (ficta) por parte do povo. Em tradução livre da versão em francês (GAUDEMET, Jean. *Les institutions de l'Antiquité*. 7ºéd. Paris: Montchrestien, 2002, p. 354): "O que agrada ao príncipe tem força de lei, porque, pela *lex regia* votada acerca de seu *imperium*, o povo conferiu a ele e nele o seu *imperium* e a sua *potestas*".

[447] MARITAIN, Jacques. The concept of sovereignty, cit., p. 347.

o que se pretende é trazer para dentro da ordem (*i.e.*, tornar *imanente*) seu fundamento. Se todos são partes iguais do soberano, ninguém é soberano em relação aos demais – e assim a soberania popular nega a si mesma, tornando-se *ausência de soberania*. O Estado democrático é *anárquico*, não por prescindir de autoridade, mas por romper com a referência a um título inicial que legitima o que lhe segue[448]. Ele se constrói sobre "a eliminação de qualquer princípio central de unificação da sociedade"[449]. Em outras palavras: "é quando já não há soberano, quando ninguém se apropria do poder, quando este muda de mãos segundo o resultado de eleições regulares, que se está na democracia moderna"[450].

Se o Estado é apenas uma roupagem em que se apresentam as pessoas, é nelas que deve se embasar o esforço de legitimação do poder político, e todo o seu exercício deve ser visto como representativo. Como até Hobbes foi capaz de perceber, é a autoridade que deve se justificar diante dos indivíduos, e não o inverso. Seu equívoco – e de toda a doutrina da soberania que se seguiu – foi o de buscar um fundamento absoluto da obediência, como se, legitimado o ato inaugural da ordem política, tudo o mais que se seguisse fosse sempre igualmente legítimo. Daí que a liberdade religiosa fosse concebida como uma licença do soberano – toda a ordem jurídica, afinal, correspondia à sua vontade.

Mas só é possível superar o modelo da soberania, em que o direito (mesmo o direito constitucional) corresponde a um ato de vontade, retomando a preocupação com a *justiça* da ordem jurídica. É preciso recorrer a uma pauta externa ao direito, que permita uma crítica axiológica das decisões tomadas pelo poder constituinte ou com base na estrita juridicidade. Isto é: deve-se reabrir a discussão sobre a legitimidade do exercício do poder político.

3.2 **Justiça política: algumas observações iniciais**

Exigir *justiça política* pressupõe o reconhecimento de, ao menos, dois pontos: **(i)** não é indiferente ou irrelevante a forma como as relações políticas são conduzidas – ao contrário, há uma pretensão de *legitimidade* a ser satisfeita; e **(ii)** o critério que diferencia as organizações

---

[448] RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014, pp. 56-57 e 62-63.

[449] TOURAINE, Alain. *O que é a democracia?* Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: Instituto Piaget, 1996 (Economia e Política), p. 209.

[450] *Ibid.*, p. 41.

legítimas das ilegítimas, qualquer que ele seja, é *objetivo* – não necessariamente no sentido de que seja interpretado e aplicado de forma uniforme por todos, mas de que não seja o produto da vontade, das inclinações ou preferências de alguém em particular. Assim, defender a ideia de justiça política é rejeitar a sacralização do *status quo* ou do argumento de autoridade, aceitando a possibilidade de crítica das instituições com base em uma pauta valorativa[451].

A objetividade que se espera do critério de justiça fez com que muitos remetessem ao plano *empírico* para buscá-lo. Nessa trajetória, o principal ponto de partida foi a definição de um *fato* inaugural, do qual se pudessem extrair *verdades normativas*. Esse fato foi encontrado, *e.g.*, na natureza, passível de observação sensorial e apreciação racional (*e.g.*, em "leis da Física"); na revelação divina, por meio de Escrituras igualmente palpáveis; ou em alguma combinação das duas (*e.g.*, a doutrina tomista, que extrai a justiça tanto da natureza, acessível pela razão, quanto da vontade divina, manifestada na Bíblia). A inadequação da referência à natureza ficou clara pelo menos desde que, com Hume e Kant, o *dever-ser* se desprendeu do *ser* – o fato de algo existir de certa forma não significa que deva permanecer como é[452].

Quanto ao recurso às Escrituras, a Hermenêutica expôs, no plano teórico, o que a História mostrou na vida prática: mesmo diante de um mesmo texto, as interpretações podem ser tantas quantos forem os intérpretes, de modo que a uniformização das ideias decorre, não da verdade, mas do poder. A diferença entre ortodoxia e heresia, e entre falsos e verdadeiros profetas é, assim, uma questão de *opinião* – variável e intensamente dependente da orientação e das circunstâncias de cada um. A verdade pode ser até uma só; contudo, não é ela que acessamos, mas apenas a concepção que cada um de nós tem acerca dela. Desse modo, "impor a verdade" nada mais é que "impor uma opinião pessoal sobre a verdade" – o que, por sua vez, suscita a questão: por que a opinião de alguns autoriza a que imponha sua vontade a terceiro? Na reflexão de Karl Jaspers, "são sempre homens que governam homens. [...] São homens que, em nome de Deus ou da verdade absoluta, reclamam para si a autoridade"[453].

Embora a recusa da religião como critério de legitimidade seja muito difundida hoje, o que se viu acima é que uma estratégia muito semelhante foi desenvolvida pelos teóricos da soberania: todos atrelam o dever de obediência ao mero *fiat* de uma autoridade política. É do

---

[451] HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 35 e ss.; COMPARATO, Fábio Konder. Sobre a legitimidade das constituições, cit., p. 67.

[452] BERLIN, Isaiah. *Political ideas in the Romantic Age:* their rise and influence on modern thought. Edited by Henry Hardy. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 120 e ss.

[453] JASPERS, Karl. *Introdução ao pensamento filosófico*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2011, p. 83.

fato de que se tomou uma decisão que decorre a obrigatoriedade do comando. A semelhança entre Deus, de um lado, e o soberano/constituinte/legislador, de outro, é mais do que simples coincidência: toda a base do pensamento político moderno é formada por conceitos teológicos secularizados[454]. Não é preciso remeter ao fervor totalitário nazista para confirmar o ponto: a religião civil em torno da Constituição dos EUA e dos quase míticos *Founding Fathers* é mais do que suficiente[455]. Seja como for, com a secularização, deixou de estar presente a mínima limitação que a adesão formal à religião poderia fornecer. Se o Estado, de um lado, perdeu a unção religiosa, ele ganhou, de outro, a virtual onipotência de quem não admite nada ou ninguém acima de si: "Deus mortal", na expressão de Hobbes[456], o soberano subordinou tudo e todos a sua vontade – situação que é absolutamente incompatível com a objetividade exigida pela justiça política.

Para evitar que essa objetividade se degenere na transformação de juízos descritivos em prescrições ou na imposição unilateral de valores, deve-se equipará-la à *imparcialidade:* o que é justo deve ser justo para todos e diante de todos[457]. Consequentemente, as pessoas devem, umas às outras, justificativas para o que fazem[458]: "o único contexto em que a invocação de um direito faz sentido é quando se antecipa a possibilidade de uma conversa com um competidor

---

[454] SCHMITT, Carl. *Political theology*, cit., p. 36.

[455] Sobre o tema, v. LEVINSON, Sanford. *Constitutional faith*. Princeton: Princeton University Press, 2011. Fazendo referência a essa obra, confira-se o registro de Ran Hirschl: "a Constituição americana é o texto mais reverenciado da nação e se tornou um pilar da 'religião civil' americana. Essa religião civil goza de uma posição quase-sagrada, tal como as religiões divinas no seu ápice. Ela tem seus próprios rituais, símbolos, discursos interpretativos, fontes de autoridade, e até um templo (a Suprema Corte) e um grupo de "altos sacerdotes" (os juízes da Suprema Corte). [...] Os advogados e a academia jurídica, aliados pela imagem, na cultura popular, da Constituição e da Corte como instituições quase-sacerdotais, complementam uma comunidade interpretativa pretensiosa e devota" (HIRSCHL, Ran. *Constitutional theocracy.* Cambridge: Harvard University Press, 2010, p. 210). Em termos enfáticos, v. KAHN, Paul W. The question of sovereignty, cit., p. 269-271: "A metafísica do *corpus* soberano, contudo, é apenas parte da história do surgimento de uma religião cívica. Um diferencial da tradição judaico-cristã era a conjugação da soberania e do direito. O mesmo se aplica à política moderna. No Antigo Testamento, o direito é um produto da vontade soberana; trata-se do registro permanente da revelação soberana. [...] Por meio da conservação do direito, a nação mantém contato com suas origens no pacto sagrado. A origem confere unidade à nação como um projeto temporal de valor infinito. [...] Agora, todavia, a revolução tomou o lugar da revelação, e o soberano popular substituiu o soberano divino. [...] Por meio do direito, individual e coletivamente, mantemos e confirmamos nosso contato com as origens sagradas da comunidade. Essas origens estão localizadas na ação revolucionária do povo soberano, que é imortalizada na Constituição. A autoridade e a legitimidade da Constituição se sustentam sobre a vontade soberana. [...] Os paradigmas são extraídos diretamente do Antigo Testamento. A Constituição é nosso texto sagrado, e por meio do direito participamos na vontade soberana. A Suprema Corte é nosso Templo e seus Juízes são nossos sacerdotes".

[456] HOBBES, Thomas. *Leviatã*, cit., p. 106 (Cap. XVII).

[457] O que, ao mesmo tempo, veda o arbítrio – que já se apontou ser incompatível com a ideia de justiça política. V. HÖFFE, Otfried. *Justiça política*, cit., p. 29.

[458] A exigência de uma razão iguala os participantes da relação política, na medida em que pressupõe o reconhecimento do outro como um *sujeito – i.e.*, alguém a quem se devem justificativas. V. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação:* a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 18.

em potencial"[459].

Como os indivíduos se inserem em coletividades diversas, as razões que eles devem uns aos outros variam conforme o contexto[460]. Dentro de suas comunidades éticas particulares – marcadas pela vinculação das biografias e identidades individuais em uma história comum (*e.g.*, família, denominação religiosa) –, eles se apresentam como *pessoas éticas*, justificando-se mediante referências aos seus valores compartilhados. Paralelamente, os indivíduos são *sujeitos de direito*, aos quais se aplicam normas que não são constitutivas da identidade pessoal, mas antes valem para qualquer outro sujeito dentro daquela coletividade. Sujeitos de direito justificam suas ações diante dos outros com base na *juridicidade* das suas condutas – *i.e.*, sua compatibilidade com o direito. Além disso, em uma democracia, as pessoas se apresentam também como *cidadãos* – *i.e.*, como responsáveis pela coletividade política como um todo –, justificando reciprocamente normas que devem viger para todo esse grupo como o *seu* direito[461]. Mas é, no último plano, como *pessoas morais*, membros da comunidade de todos os seres humanos, que a perspectiva universal se aplica integralmente, exigindo que toda e qualquer pessoa seja reconhecida como credora de justificações. Apesar de distintos, esses contextos são integrados entre si por *princípios de justiça*, como explica Rainer Forst[462]:

> princípios de justiça são aqueles que são justificados de modo *universal* e imparcial na medida em que correspondem, de maneira apropriada, aos interesses, necessidades e valores *concretos* daqueles atingidos por eles. De acordo com esses princípios, a identidade *ética* das pessoas é reconhecida e protegida *juridicamente numa* sociedade e, na verdade, por meio do direito estatuído de modo *político* autônomo no interior de uma comunidade política de membros com plenos direitos – direito esse que possui um conteúdo *moral* em seu cerne, que respeita a integridade das pessoas morais.

Não por acaso, o debate constitucional (e político-filosófico) contemporâneo envolve as ideias de *autodeterminação pessoal* e *democracia*, e a relação entre elas e o *direito*. De um lado, aponta-se a ligação necessária entre a moralidade e o direito[463]; de outro, se reconhece

---

[459] ACKERMAN, Bruce A. *Social justice in the liberal state*. New Haven: Yale University Press, 1980, p. 5.

[460] FORST, Rainer. *Contextos da justiça:* filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 305 e ss.

[461] Como aponta Carlos Ayres Britto, o sujeito exerce *poder político* quando participa do poder de criar norma estatal, "influindo *constitutivamente* na formação da vontade normativa do Estado" (BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre "controle social do poder" e "participação popular". *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 2, pp. 82-88, 1993, p. 85).

[462] FORST, Rainer. *Contextos da justiça*, cit., p. 276.

[463] O positivismo considera possível separar o direito da moral e, por isso, nega a existência de um vínculo obrigatório entre eles. No entanto, como bem destacou Alexy, o direito tem uma pretensão de correção, tanto que incidiria em contradição performativa quem afirmasse explicitamente o propósito de agir de forma injusta ou interpretar inadequadamente o direito vigente (ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona:

que este não se esgota naquela nem se identifica com ela, sendo antes uma concessão que ela faz à segurança por meio da positividade[464]. Em outras palavras, o direito *deve* ser justo (mas *pode* ser injusto em algum grau)[465] e garantir a *previsibilidade* que a moral, em toda a sua abstração, não pode assegurar. A identidade do indivíduo, construída dentro das comunidades éticas, é preservada e protegida pelos direitos relacionados à autodeterminação pessoal, que reconhecem a todos como iguais na sua singularidade e concretude. Ao mesmo tempo, suas relações com quem sente, pensa, crê diferentemente – seja no plano da sociedade jurídico-política, seja no âmbito da comunidade moral de todos os seres humanos – é presidida por um dever de reciprocidade.

As principais ideias expostas até aqui parecem consensuais. As discussões costumam envolver a organização institucional ideal e o conjunto mais adequado de procedimentos para conformar e implementar essas exigências da justiça. Embora a precedência entre os direitos fundamentais e a democracia seja objeto de um grande debate, parece mais adequado reconhecer sua *cooriginariedade* – na medida em que não há democracia sem cidadãos autônomos, nem real liberdade fora do regime democrático[466]. Apesar disso, para examinar de

---

Gedisa, 2008, p. 41 e ss.). Além disso, quem quer que aplique um texto tentará mostrá-lo da melhor forma que ele pode ser. Acontece que o direito é uma empreitada política, de modo que a sua melhor forma só pode ser demonstrada com base em uma teoria política substantiva. Por essa razão, Dworkin assevera que "advogados e juízes não são capazes de evitar a política, no sentido amplo de teoria política", o que é comprovado pela existência de opiniões marcadamente liberais, radicais e conservadoras não apenas quanto a como deveria ser o direito, mas também quanto a como ele efetivamente é. V. DWORKIN, Ronald. Law as interpretation. *Critical Inquiry*, v. 9, n. 1 – The Politics of Interpretation, pp. 179-200, *September* 1982. Também destacando que, no fim, todos – tradicionalistas, perfeccionistas, originalistas etc. – pretendem enxergar na Constituição o melhor que ela pode ser, v. SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of many minds*: why the founding document doesn't mean what it meant before. Princeton; Oxford: Princeton University Press, 2009, p. 23.

[464] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*, cit., v. 1, pp. 150-154.

[465] Dessa forma, não é juridicamente lícito que o Poder Judiciário negue eficácia a uma Carta que não atenda suficientemente às exigências da justiça. Pretende-se destacar apenas, com Otto Bachof, que a "restrição da legitimidade de uma Constituição à sua positividade redundaria ao fim e ao cabo [...] na igualdade poder = direito" (BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manual M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 43), mas sem extrair daí qualquer consequência institucional. No entanto, e apenas para fins de registro, estou de acordo com a afirmação de que o dever de obediência ao direito posto está presente na normalidade dos casos – inclusive quando parece ser melhor ou mais justo um arranjo diferente –, só sendo mitigado em caso de *extrema injustiça*, conforme a *fórmula de Radbruch*: "Onde não há sequer uma tentativa de chegar à justiça, onde a igualdade, o núcleo da justiça, é deliberadamente traída na edição do direito positivo, então a lei não é apenas um 'direito falho', mas lhe falta completamente a própria natureza de direito" (RADBRUCH, Gustav. Statutory lawlessness and supra-statutory law (1946), cit., p. 6). Na mesma linha apontam RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 443 e DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho:* justiça e valor. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 494. Seja como for, é possível extrair dessa conexão entre princípios morais e direito constitucional duas consequências normativas relevantes: (i) a interpretação das disposições constitucionais deve buscar promover, na maior medida possível, os valores consagrados por esses princípios; e (ii) devem-se rever, pelos meios apropriados (*e.g.*, reforma da Constituição), as disposições que não possam ser acomodadas a eles por meio de simples interpretação (porque seu texto não o admite).

[466] BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense: 2003, pp. 189-190: "o próprio entendimento do que seja dignidade da pessoa humana depende de um *ar* de liberdade pessoal e de pluralismo

forma mais detida suas relações com a religião – aproximando-se do centro das preocupações deste estudo –, convém fazer algumas observações sobre uma ideia elementar a ambas as anteriores: a dignidade humana.

3.3 **Dignidade humana e religião**

A formação do Estado, para a qual a ideia de soberania contribuiu imensamente, teve um impacto importante, ainda que indireto, sobre o discurso da liberdade religiosa e a defesa da laicidade. A progressiva diferenciação dos espaços público e privado foi uma decorrência do fim da identidade entre o governante e o Estado, substituída pela ideia de *representação*.

Isso se deveu, sem dúvida, à secularização do pensamento político. Passou a interessar a análise do comportamento do ser humano diante da natureza e seus semelhantes. Sem Deus, o que sobrou foram as pessoas, soltas em um mundo de leis naturais e sem uma autoridade entre elas. Embora a fonte da autoridade tenha sido sempre uma grande questão da Filosofia Política, a principal novidade estava no seguinte: não havia formas de governo naturais e, por isso, a autoridade deveria ser justificada perante aqueles de quem se esperava a obediência. E assim o consentimento dos súditos se tornou, como critério de legitimidade, um dos grandes axiomas do pensamento político. Verificou-se uma verdadeira revolução: até então, pensara-se a política a partir da perspectiva *ex parte principis*, sob a óptica dos governantes (como conduzir um governo de forma justa ou eficaz?); desse momento em diante, porém, adotou-se o ponto de observação do povo (*ex parte populi*): quando estamos legitimamente obrigados a obedecer a alguém?

Esse raciocínio – que remete ao nominalismo[467] – já estava presente em Hobbes, mas

ético-ideológico que somente *se respira em atmosfera democrática*". A doutrina da democracia deliberativa ressalta que a autonomia privada não se subordina à pública ou vice-versa, mas, ao contrário, são ambas interdependentes e indispensáveis à cooperação democrática. V. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, cit., v. 1, p. 164; SANTIAGO NINO, Carlos. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 2003, p. 47 e ss.; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 57 e ss. Além de serem decorrências diretas da dignidade humana, as autonomias pública e privada se postulam uma à outra. Direitos fundamentais formam o quadro em que pessoas livres e iguais, reconhecendo umas às outras como tais, podem cooperar, agir em conjunto. Por sua vez, a democracia fornece os espaços – formais e informais – de discussão em que os direitos são construídos e debatidos, além de permitir aos próprios cidadãos a defesa dos seus direitos (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2007, pp. 43-44).

[467] Associada principalmente a Guiherme de Ockham, essa escola de pensamento se opôs aos chamados *realistas*, que consideravam reais os "universais" – *i.e.*, os gêneros, as espécies (*e.g.*, o animal, o homem, o cidadão).

recebeu um impulso especial com o liberalismo. Ele manifesta uma das principais ideias da Modernidade, que é o *individualismo:* a tomada do indivíduo como base de qualquer doutrina. Associado ao resgate da noção latina de direito subjetivo, isso contribuiu para transformar o direito natural objetivo de então nos *direitos naturais subjetivos* do pensamento liberal[468]. Embora todos os grandes autores da época escrevessem alguma forma de teologia política e insistissem na correção bíblica de suas teses, um "deísmo laicizado substituiu Cristo por um Deus da Razão, e finalmente o Homem tornou-se Deus"[469]. O ser humano passou a ocupar, assim, o centro do universo – é por ele e para ele que o Estado é construído[470]. Apontava-se que o indivíduo teria direitos inerentes a sua natureza que, por isso, seriam concebidos como ilimitados de partida[471], além de anteriores e superiores às decisões do Estado.

Mas o pensamento político ainda se ressentia da busca por uma natureza humana verdadeira, objetiva, que pudesse embasar o estatuto fundamental dos indivíduos[472]. Kant deu

---

Ockham, por sua vez, rejeitava essa ideia para afirmar que apenas os indivíduos existiriam como seres únicos e reais; os "universais" seriam apenas *signos* ou *nomes* das coisas, servindo apenas para exprimir uma semelhança ou uma relação entre seres particulares (*e.g.*, o termo "homem" reflete o que há de comum entre os humanos do gênero masculino) e não entidades em si mesmos. V. VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, cit., p. 225 e ss.; DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 74 e ss.

[468] VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, cit., p. 570 e ss; KAUFMANN, Matthias. *Em defesa dos direitos humanos:* considerações históricas e de princípio. Tradução de Rainer Patriota. São Leopoldo: Unisinos, 2013 (Díke), p. 16 e ss.

[469] DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*, cit., p. 77.

[470] De certa forma, isso remete à ideia de Protágoras de que o ser humano é a medida de todas as coisas. Tal como interpretada por Richard Rorty, essa frase corresponde à aceitação de que "não há nada, fora dos seres humanos, que lhes ofereça orientação" (RORTY, Richard. Para emancipar a nossa cultura (Por um secularismo romântico). In: SOUZA, José Crisóstomo de (Org.). *Filosofia, racionalidade, democracia:* os debates Rorty & Habermas. São Paulo: UNESP, 2005, p. 87).

[471] VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*, cit., p. 255.

[472] DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*, cit., p. 205 e ss.; BERLIN, Isaiah. *Political ideas in the Romantic Age*, cit., p. 120 e ss. Por trás disso, havia ainda a tentativa de extrair, da realidade do ser, leis que se aplicassem à conduta humana. Uma das grandes questões da Humanidade era a estabilização de respostas para a pergunta "Por que a obediência é devida?", e nada é tão confiável quanto os fatos. É muito mais fácil que as pessoas estejam de acordo acerca deles do que, *e.g.*, de valores, pois se pode recorrer a evidências, a dados que podem ser empiricamente confirmados por todos. Por isso, uma das grandes obsessões do pensamento filosófico era encontrar fatos elementares que pudessem servir de base para todo o edifício da moralidade. Daí a busca incessante pela natureza intrínseca do ser humano ou pelas leis naturais que regem seus apetites e relações com os demais e com o mundo – supunha-se que, na raiz da justiça, do certo e do errado, haveria um juízo descritivo; que seria possível encontrar, na forma como as coisas são, o modo como elas deveriam ser (BERLIN, Isaiah. *Political ideas in the Romantic Age*, cit., p. 17-87). Isso é particularmente claro em Hobbes e Rousseau – que fundamentam suas teorias políticas em concepções mais ou menos definidas sobre a natureza intrínseca dos seres humanos (compreendida, portanto, como um dado) –, mas também em Montesquieu, que define as leis como "relações necessárias que derivam da natureza das coisas" e dedica diversas páginas à exposição das influências do clima e do solo sobre as paixões humanas e, assim, sobre as leis (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, barão de. *Do espírito das leis*, cit., v. 1, pp. 25 (Livro I, Cap. I), e 267 e ss. (Livro XIV)). No entanto, como as inclinações e necessidades das pessoas eram objeto de disputas e questionamentos, surgiam sempre diferentes doutrinas e opiniões. A mudança decisiva nesse cenário veio com Kant, que retomou, desenvolveu e esclareceu ideias de Rousseau e, até certo ponto, de Hume, para desvincular as questões normativas da realidade empírica. Este já havia

um passo além: para ele, a moralidade não corresponderia ao que as pessoas desejassem, mas ao dever puro, àquilo que se impõe por si mesmo (imperativo categórico) e, em muitos casos, contraria as próprias inclinações do sujeito[473]. Dever é o que se faz porque é preciso, não porque se quer fazer. Como não pode ser encontrada na natureza, a moralidade seria acessível pela razão humana que, por isso, daria leis ao indivíduo – este, por sua vez, poderia ser qualificado, assim, como um ser *autônomo* por determinar a si próprio. Sendo independente da experiência sensorial, a lei moral deveria valer para todos e não poderia se basear em um conteúdo pré-definido, mas só na *forma* de uma *lei universal*[474].

Esse imperativo categórico é enunciado nos seguintes termos: "age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal" (primeira formulação) e "age como se a máxima da tua ação devesse se tornar, pela tua vontade, a lei universal da natureza" (segunda formulação)[475]. A aptidão dos seres racionais para construir a legislação universal os distingue como *pessoas*[476], de modo que o ser humano é o fundamento da moralidade, na medida em que dá os fins da sua própria conduta. Como essa ideia vale para todos, o imperativo prático assume a seguinte formulação: "age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio"[477].

Aqui se insere a *dignidade*, compreendida por Kant como "um valor incondicional, incomparável, para o qual só a palavra *respeito* confere a expressão conveniente da estima que

---

demonstrado que fatos não geram normas – da circunstância de algo ser como é não se extrai qualquer consequência sobre como deve ser –, no que ficou conhecido como a "guilhotina de Hume".

[473] KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011, p. 45.

[474] *Ibid.*, p. 51.

[475] *Ibid.*, p. 51-52. Como aponta Dworkin, há muita controvérsia sobre a interpretação dessa fórmula, mas seu "sentido geral é claro o suficiente: para tratar as pessoas com o mesmo respeito que dedicamos a nós mesmos, precisamos no mínimo não reclamar para nós nenhum direito que não concedamos aos outros e não supor para eles nenhum dever que não aceitemos para nós. Na linguagem do direito constitucional norte-americano, o respeito por todos exige a igual proteção da lei moral" (DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*, cit., p. 407).

[476] KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes, cit., p. 68.

[477] *Ibid.*, p. 59. Como explica mais adiante (p. 68): "como na ideia de uma vontade absolutamente boa, sem condição limitativa [...], se tem de abstrair inteiramente de todo fim a realizar (o que tornaria toda a vontade apenas relativamente boa), o fim aqui não deverá ser concebido como fim a alcançar, mas sim como fim independente e, portanto, só de maneira negativa, isto é, jamais se deverá agir contra ele, e ele não deverá nunca ser avaliado como simples meio, mas sempre, simultaneamente, como fim em todo o querer. Ora, esse não pode ser outra coisa que não o sujeito de uma possível vontade absolutamente boa; pois esta não pode sem contradição ser proposta a nenhum outro objeto. [...] se no uso dos meios para qualquer fim devo restringir a minha máxima à condição de sua validade universal como lei para todo sujeito, isso equivale exatamente a dizer: o sujeito dos fins, isto é, o ser racional mesmo, não deve jamais ser posto como fundamento de todas as máximas das ações como simples meio, mas como condição suprema restritiva no uso dos meios, isto é, sempre ao mesmo tempo como fim".

um ser racional de lhe tributar"[478]. Para ele, no conjunto sistemático de todos os fins (as pessoas como fins em si mesmas e os fins que elas podem se dar), as coisas têm ou preço ou dignidade: o que tem preço pode ser substituído por algo equivalente; já o "que se acha acima de todo preço e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade"[479]. Para ele, portanto, o fundamento da dignidade é autonomia da vontade[480]. Como a vontade é definida como a "faculdade de se determinar a si mesmo agindo em conformidade com a representação de certas leis", ela "só se pode encontrar em seres racionais"[481]. É a razão, assim, que sustenta a moralidade e a dignidade humana.

Como aponta Isaiah Berlin, Kant traduziu em termos éticos ou metafísicos a doutrina mística da santidade da alma humana como depositária de uma centelha da chama divina. Para o filósofo, a inviolabilidade do ser humano decorreria de ser ele mesmo a definir os fins últimos da vida[482]. A partir do pensamento de Kant se constrói, em particular, uma defesa sólida da igualdade moral das pessoas, compreendidas como os únicos criadores, repositórios e executores da moralidade. "Enganar um homem, ou explorá-lo, é tratá-lo como se fosse um objeto na natureza, um meio em favor de algo diverso de seus próprios fins absolutos, e isso é, com efeito, uma negação da sacralidade desses fins"[483].

Isso tem repercussões interessantes no direito. Kant distingue entre a *legislação ética* e a *legislação jurídica:* a primeira define as ações virtuosas e não pode ter origem externa (cabe a cada pessoa tornar o princípio do dever como motivo suficiente para a escolha), enquanto a segunda determina as ações lícitas e se baseia na manipulação de motivos externos (*e.g.*, medos e aversões) para constranger o sujeito mediante sanções[484]. Daí ele extrai a lei universal do direito: "age externamente de modo que o livre uso de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal"[485]. Para Kant, só há um direito inato: "a

---

[478] KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes, cit., p. 66 (destacado no original).

[479] *Ibid.*, p. 65.

[480] *Ibid.*, p. 66, em que o afirma textualmente.

[481] *Ibid.*, pp. 57-58.

[482] BERLIN, Isaiah. *Political ideas in the Romantic Age*, cit., p. 153. Um pouco antes, chegou a destacar, ainda em comentário à obra de Kant (p. 151): "Prejudicar ou destruir um ser humano seria prejudicar ou destruir o único autor e fonte de valores absolutos – aquele em nome de quem tudo o que era digno de se fazer era digno de fazer, o fim ou propósito de toda existência e atividade. Propósitos e fins não subsistiam em mundos próprios, eles eram apenas o que vontades humanas queriam. Seres humanos concebidos como fontes de atos de vontade, criadores de valores, não poderiam ser sacrificados para qualquer outra coisa senão tais propósitos sem esvaziar o caráter absoluto, a condição de fim em si mesmos, desses valores absolutos".

[483] *Ibid.*, p. 151.

[484] KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2. ed. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2008, pp. 71-73.

[485] *Ibid.*, p. 77.

liberdade (a independência de ser constrangido pela escolha alheia), na medida em que pode coexistir com a liberdade de todos os outros de acordo com uma lei universal"[486]. Nela se enxergam algumas competências[487]:

> igualdade inata, isto é, independência de ser obrigado por outros a mais do que se pode, por sua vez, obrigá-los; daí uma qualidade humana de ser o seu próprio senhor (*sui iuris*), bem como ser um ser humano *irreprensível* (*iusti*), visto que, antes de realizar qualquer ato que afete direitos, não causou dano algum a ninguém; e, finalmente, está autorizado a fazer aos outros qualquer coisa que em si mesma não reduza o que é deles, enquanto não quiserem aceitá-la – coisas como meramente comunicar suas ideias a eles, dizendo-lhes ou prometendo-lhes algo, quer o que diga seja verdadeiro e sincero ou falso e insincero (*veriloquium aut falsiloquium*), pois lhes cabe inteiramente se disporem a nele acreditar ou não.

Tratando do direito público[488], Kant afirma que a lei é necessária para instituir um estado de justiça, já que, na sua ausência, os direitos permaneceriam controversos, em disputa, diante da falta de uma autoridade que determine o que cabe a cada um. Nesse sentido, o próprio Estado é definido como "a união de uma multidão de seres humanos submetida a leis de direito"[489] e sua própria formação é considerada um dever moral[490].

As implicações políticas da doutrina kantiana não são muito claras. Ele segue a linha contratualista, mas exerga o contrato como uma "ficção reguladora, segundo a qual o Estado deveria ser tratado como se fosse seu produto"[491]. Aproxima-se de Rousseau ao sustentar que o soberano é o legislador e ressalta que o poder legislativo só pode caber à "vontade unida do povo" – "na medida em que cada um decide o mesmo para todos e todos para cada um" – porque, como ninguém é capaz de causar injustiça a si mesmo, somente a coletividade reunida pode legislar para todos de forma justa[492]. Com isso ele atrai todas as dificuldades enfrentadas pelo próprio Rousseau e deixa obscura a forma de conciliar essas ideias com a defesa, que ele mesmo faz, da igual liberdade das pessoas e sua exigência de que as leis votadas pelos cidadãos "não sejam contrárias às leis naturais da liberdade e da igualdade de todos no seio do povo"[493].

---

[486] *Ibid.*, p. 83.

[487] *Ibid.*, p. 84.

[488] Definido como "um sistema de leis para um povo, isto é, uma multidão de seres humanos [...] que, porque se afetam entre si precisam de uma condição jurídica sob uma vontade que os una, uma constituição (*constitutio*)" (*Ibid.*, p. 153).

[489] *Ibid.*, p. 155.

[490] *Ibid.*, p. 151.

[491] DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*, cit., p. 203.

[492] KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*, cit., 2008, p. 156.

[493] *Ibid.*, p. 157.

Essa sintonia liberal é observada também no que se refere à religião: Kant nega que o Estado possa interferir na crença por se tratar de uma disposição íntima das pessoas, embora autorize que regule as igrejas, não em suas questões internas, mas para exercer o poder de polícia, evitando que as disputas entre seus membros e com as demais perturbe a paz pública. Ele ainda é claro ao recusar que o Estado subsidie as igrejas, que devem ser suportadas somente por seus próprios fieis[494].

No entanto, ele mesmo afirma que não cabe aos indivíduos questionar o fundamento da autoridade. Da assertiva de que todo poder vem de Deus, ele extrai "um princípio de razão prática: o princípio segundo o qual o poder legislativo presentemente existente *deve* ser obedecido, seja qual for a sua origem"[495]. Daí decorre, na mesma linha de Rousseau, que "o soberano tem apenas direitos relativamente aos seus súditos e nenhum dever (que possa ser forçado a cumprir)"[496]. Mesmo que o governante contrarie a lei, o máximo que as pessoas poderão fazer é apresentar queixas, mas nunca resistir. Kant chega a qualificar como "um absurdo" a "chamada constituição moderada"[497]. Ao menos em certa leitura, a ênfase na forma acaba esvaziando a relação entre o direito e a moral, transformando a autonomia em uma "máscara da total heteronomia"[498].

Mas a concepção da dignidade humana que se incorporou ao discurso jurídico não se ateve a essas dificuldades. Apesar de não muito reconhecido no campo do Direito, o *existencialismo* é indicado como uma boa referência para reconstruir a remissão à "natureza" humana nas declarações de direitos contemporâneas. Segundo Costas Douzinas, que parte das

---

[494] *Ibid.*, pp. 170-171.

[495] *Ibid.*, p. 161 (destacado no original). Nesse sentido, Habermas sustenta que "[a]s ideias reformistas de Kant ainda traem o respeito de Hobbes perante o fato natural do poder político, núcleo decisionista impenetrável da política, no qual se separam o direito e a moral" (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*, cit., v. 1, p. 175).

[496] KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*, cit., 2008, p. 162. Em outra obra, afirma textualmente que a igualdade caracteriza a condição dos *súditos* – o que exclui o "chefe de Estado o (porque ele não é membro desse corpo, mas o seu criador ou conservador), o qual é o único que tem o poder de constranger, sem ele próprio estar sujeito a uma lei coerciva" (*Id.*, *Sobre a expressão corrente: isto pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática*. Tradução de Artur Morão. [S.l.]: LusoSofia, [20--], p. 21-22).

[497] *Id.*, *A metafísica dos costumes*, cit., 2008, p. 162.

[498] DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*, cit., p. 204: "A moralidade autônoma e a legalidade heteronômica estavam, no início, rigorosamente separadas. Mas a separação foi logo enfraquecida na medida em que ambas foram feitas para seguir a razão pura e estavam igualmente despreocupadas quanto às características empíricas das pessoas que supostamente deveriam guiar. Um forte sentimento de dever e respeito pela lei tornou-se igualmente importante para ambas, moralidade e legalidade; a ação moral segue a lei universal da razão, e a legalidade é a obediência às leis do Estado. [...] uma vontade moral, totalmente desvinculada de paixões desejos carnais, não poderia motivar nem mesmo os devotos burgueses da Prússia de Kant, e seu rigor fora forçosamente deslocado para a legalidade. [...] Desse modo, a autonomia moral absoluta tornou-se a máscara da total heteronomia e o livre-arbítrio do sujeito foi embasado pela força. A formalidade, como formalismo legal ou como procedimentalismo, será, daqui em diante, o componente moral da lei positiva".

ideias de Sartre, a "natureza dos humanos é não ter uma natureza"; é a ausência de uma essência pré-concebida que torna as pessoas capazes de se libertarem de todos os códigos estabelecidos e se definirem por suas próprias escolhas e ações[499]. Prossegue o autor:

> A liberdade existencial é a capacidade do homem moderno de transcender as restrições da natureza e de uma segunda natureza: as determinações históricas e culturais que geralmente se fossilizam como imposições de natureza externa. A liberdade sem fundamento das declarações [de direitos] aponta para a mesma direção, na qual a forma do Eu e do mundo tem prioridade sobre quaisquer características essenciais, passadas ou estabelecidas. O existencialismo parece capturar um aspecto das declarações de direitos humanos esquecido pela filosofia liberal após sua vitória política. Ele retém os usos críticos da natureza humana contra a autoridade, porém a esvazia totalmente de qualquer determinação essencial, exceto por sua liberdade sem fundamento, mas poderosa. As declarações de direitos humanos representam esse poder do nada, de uma natureza *contra* natureza e um universalismo do desapego de restrições históricas e encargos culturais. Nesse sentido, os direitos humanos pertencem à tradição radical do Direito Natural, para o qual a natureza representava a rebelião contra a lei e a tradição[500].

De fato, o discurso da dignidade humana[501] ganhou espaço no pensamento jurídico após o fim da Segunda Guerra Mundial[502]. Recorreu-se à riqueza axiológica da noção de dignidade em resposta às atrocidades dos regimes totalitários e, no plano metodológico, para preencher o vácuo valorativo que o positivismo normativista pretendia ostentar. Nessa linha, a própria ordem internacional foi refundada com base na dignidade humana, reafirmada pela Carta das Nações Unidas[503] e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos[504], em um autêntico movimento de sacralização da pessoa.

O reconhecimento da dignidade não deixa de passar pela racionalidade, mas tampouco

---

[499] DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*, cit., p. 207 e ss.

[500] *Ibid.*, p. 210.

[501] Não é o caso de desenvolver aqui a história e as diferentes concepções de dignidade correntes no Direito. Sobre o tema, com abordagens diferentes (e bastante ricas), v. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:* o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011; BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:* a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012; SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; e SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana:* conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

[502] McCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 4, pp. 655-724, 2008, pp. 662-663.

[503] No Preâmbulo da Carta, os "Povos das Nações Unidas" reafirmam "a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres". A Carta das Nações Unidas foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 19.841/1945.

[504] Em seu Preâmbulo, a Declaração afirma que "o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo". Seu art. 1º, por sua vez, dispõe: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade".

pode parar por aqui, sob pena de atrelar o indivíduo a um modelo de pessoa[505] e desconsiderar os diversos outros aspectos de sua existência (como as emoções)[506]. Por isso, hoje se tende a compreender a vida digna como algo muito mais amplo que a sujeição à razão[507]. Além da reabilitação da esfera emocional – dos laços de lealdade pessoal e fidelidade passional –, esse movimento envolve o reconhecimento do papel das relações intersubjetivas para a formação do caráter e das ideias das pessoas, que não se desenvolvem, assim, em uma câmara de isolamento, sem contato com os outros[508] e suas próprias paixões[509].

---

[505] De fato, a ênfase de Kant na razão gera algumas perplexidades relevantes: como lidar, *e.g.*, com a situação dos *incapazes*, crianças ou adultos, que não estejam no gozo do que se considera suficiente em termos de faculdades mentais ou maturidade? O ponto foi bem destacado por Hans Joas: "No racionalismo do Iluminismo [...], a demanda de direitos humanos é fundada na faculdade racional do ser humano e essa razão é vista em operação essencialmente na noção autônoma das obrigações morais. Porém, visto que a razão, nesse sentido, de modo algum (já) foi dada ou (ainda) será dada a todos os seres humanos, insinua-se nessa fundamentação uma ambiguidade. Nas discussões bioéticas contemporâneas, reportam-se a Kant tanto os que dizem que a dignidade compete ao ser humano pura e simplesmente, não importando se o ser humano individual empiricamente existente dispõe ou não da faculdade reflexiva moral autônoma, como aqueles que declaradamente não atribuem dignidade pessoal a todos os integrantes do gênero humano, mas somente àqueles que de fato dispõem dessa faculdade racional. [...] Em vez de falar em uma transfiguração carismática da razão, seria melhor falar de uma carismatização do ser humano" (JOAS, Hans. *A sacralidade da pessoa*, cit., pp. 59-60).

[506] Nesse sentido, Martha C. Nussbaum reconhece a racionalidade como um elemento típico da espécie humana, mas não a opõe à animalidade, e aponta que a sociabilidade, assim como as necessidades físicas, integram, de forma igualmente fundamental, a vida humana (NUSSBAUM, Martha C. *Frontiers of justice:* disability, nationality, species membership. Cambridge: Harvard University Press, 2007 (Kindle Edition), location 1820 of 5408; 34%). Adela Cortina remete ao pensamento de Aristóteles e, particularmente, à ênfase ocidental na tradução do termo *lógos* (palavra), usado pelo filósofo para destacar a singularidade do ser humano, como "razão". Para ela, essa ideia não corresponde ao pensamento do próprio autor, "porque a palavra sem dúvida está ligada à razão, mas também à sensação e ao desejo,já que o homem é a tal ponto uma *unidade de inteligência e de desejo* que só pode ser caracterizado como '*inteligência desejante*' ou como '*desejo inteligente*'" (CORTINA, Adela. *Cidadãos do mundo*, cit., p. 37, citando passagens de *Ética à Nicômaco*).

[507] A proximidade entre Kant e Rousseau é evidente também aqui: ambos enxergam a liberdade como sujeição – à lei moral, para o primeiro, e à vontade geral, para o segundo. Ser livre é fazer o que é certo, e neste ponto ambos remetem à concepção tipicamente cristã de que a liberdade é a obediência a Deus. No cristianismo, o que interessa é a libertação do pecado; em Rousseau, das vontades particulares; e em Kant, dos desejos e das inclinações. À diferença, contudo, do pensamento cristão, Kant e Rousseau postulam um indivíduo que é, ao mesmo tempo, *legislador* e *súdito*.

[508] Uma das principais críticas feitas pela doutrina comunitarista ao liberalismo envolve a concepção de um "eu" desenraizado. Para os comunitaristas, a identidade das pessoas é formada *dentro* das diversas comunidades e práticas sociais em que se insere cada pessoa. Sobre o tema, v., *e.g.*, GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls:* um breve manual de Filosofia Política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 139 e ss.; KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 266 e ss. Embora a crítica seja pertinente, é preciso cuidado quando da extração de consequências normativas dessa ideia, em particular no que se refere à proteção de identidades comunitárias. A "pulverização do espaço público" entre comunidades relativamente autônomas tende a estimular o estranhamento e o isolamento, além de poder funcionar como uma força conservadora, transformando desigualdades em "diferenças culturais" (BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade*, cit., p. 82 e ss.; *Id.*, *Identidade*, cit., p. 82 e ss.).

[509] V. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., pp. 50-51: "O ser humano, nessa perspectiva, continua a ser concebido, na linha de Kant, como um fim em si mesmo. Mas não se trata mais de uma abstração racional, valiosa porque 'tem a lei moral dentro de si', como queria Kant, mas, sim, de um indivíduo concreto, imerso num determinado universal material e simbólico, partícipe de uma teia de relações intersubjetivas que compõe a sua identidade. Uma pessoa real, que usa a razão e faz escolhas, mas que também sente fome, fica doente, cultiva amizades, ama, sofre e precisa do outro, e que não deixa de ser digna por isso. Pelo contrário, essa

Nas palavras de Carlos Ayres Britto, a dignidade "*decola* do pressuposto de que todo ser humano é um microcosmo. Um universo em si mesmo. Um ser absolutamente único, na medida em que, se é parte de um todo, é também um todo à parte"[510]. O caráter único de cada ser humano é ressaltado, ainda, pelo fato de sua identidade ser formada, não por um único aspecto, mas por *múltiplas lealdades*. Como aponta Amartya Sen, a identidade de cada um é um todo complexo e plural, gerado a partir da combinação e da interação entre elementos diversos (o mesmo ser humano se vê como mulher, mãe, brasileira, negra, heterossexual, evangélica, advogada, vegana, entre outras categorias). Ademais, dentro de cada grupo há divergências, sendo um equívoco contrapor, *e.g.*, os "muçulmanos" (como categoria geral) aos "valores franceses"[511].

Diante de todas essas considerações, a ideia de autonomia foi ampliada para alcançar a autodeterminação do sujeito de forma geral. O respeito à dignidade humana corresponde ao reconhecimento de todos e cada um como agentes responsáveis pela tomada das decisões relevantes na sua vida. O que se respeita são as capacidades morais das pessoas – o fato de poderem usar de suas faculdades –, mesmo que se movam por impulsos, pensem de forma equivocada ou cheguem a resultados contestados por terceiros.

Isso é particularmente relevante no que se refere à religião. O fato de a adesão a uma crença não ser qualificada como "racional" (por alguns) não a situa fora da autonomia associada à dignidade humana. Ao contrário, não se trata do direito de fazer o certo – ou da obrigação de ser livre –, a que o pensamento moral de Kant parece conduzir, em linha paralela à doutrina política de Rousseau. Cuida-se do poder de definir o bom e o ruim, o certo e o errado, em todos os domínios da vida e, nesse caminho, definir a si próprio e seu papel no mundo. Ainda que não seja propriamente uma escolha – mas a aceitação de algo que, ao fiel, aparece como uma verdade –, a afirmação de uma crença é também uma manifestação da autonomia na medida em que integra o processo de formação da identidade de cada um. Nesse sentido, ela é acolhida

---

humanidade 'calorosa' – este 'ser gente' – é uma das melhores justificativas para o reconhecimento da sua dignidade". E, mais adiante (p. 141): "Embora a autonomia privada pressuponha a racionalidade do indivíduo, ela abrange o direito da pessoa de tomar decisões por quaisquer motivações: juízos morais, cálculos instrumentais, sentimentos, desejos e até idiossincrasias incompreensíveis para terceiros".

[510] BRITTO, Carlos Ayres. *O humanismo como categoria constitucional*. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 27.

[511] SEN, Amartya. *Identidade e violência*, cit., especialmente p. 30 e ss. Ao ressaltar a multiplicidade dos vínculos formados pelas pessoas, o autor critica especialmente a ideia de um "choque de civilizações" – a suposição de que grupos inteiros, que se distinguem principalmente com base nos valores que defendem e nas religiões que adotam, se encontrariam em um campo de batalha. Diante desse pano de fundo, medidas de assimilação e integração se tornam estratégias defensivas em uma espécie de guerra intelectual e sentimental. A expressão "choque de civilizações" é de HUNTINGTON, Samuel. *The clash of civilizations and the remaking of world order*. New York: Simon & Schuster, 2011.

pelo direito na forma de um espaço de autodeterminação em que a identificação com outros (*e.g.*, dentro da comunidade religiosa) costuma assumir grande destaque. A integração a um grupo não anula, contudo, o papel da autonomia pessoal na filtragem e na incorporação das ideias e valores comuns. Essa autonomia é garantida por meio de *direitos fundamentais*.

3.4 **Direitos fundamentais e religião**

Os direitos fundamentais definem o espaço de autonomia necessário à autorrealização da pessoa humana e – como se verá adiante – à democracia. Por ora, não é o caso de analisar em mais detalhes a liberdade religiosa ou qualquer outro direito relacionado ao tema – o que será objeto de exame detalhado mais adiante. Neste tópico, o que se pretende destacar é a relação entre a autonomia decorrente da dignidade humana e os direitos fundamentais.

A compreensão do ponto é facilitada pela concepção de Ronald Dworkin sobre a dignidade humana, para quem esta é especificada por dois princípios: **(i)** *valor intrínseco* – toda vida humana tem um valor objetivo, de tal forma que o sucesso ou fracasso de qualquer vida humana é importante, em si mesmo, para todos; e **(ii)** *responsabilidade pessoal* – cada pessoa tem uma responsabilidade especial de atingir o sucesso em sua própria vida, incluindo o juízo quanto ao tipo de vida que considere bem-sucedida[512]. Interessa, por ora, o segundo princípio: para Dworkin, ele não se aplica em matéria de *moralidade* – deveres e responsabilidades em relação aos outros –, mas só em matéria de *ética* – o que consideramos uma vida boa para nós mesmos[513]. A coletividade não pode "usurpar" a responsabilidade dos indivíduos quanto aos seus próprios valores éticos, que são extraídos e se reportam às suas crenças mais gerais sobre o caráter e o valor da vida humana[514]. Convém desenvolver o ponto.

Para o autor, no plano da ética, a dignidade humana se desdobra em dois princípios: **(i)** *respeito por si mesmo* – "Cada pessoa deve levar a sério sua própria vida: deve aceitar que é importante que sua vida seja uma execução bem-sucedida, e não uma oportunidade perdida"; e

---

[512] DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?* Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press; Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 9-10.

[513] *Ibid.*, p. 20.

[514] DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?*, cit.,, pp. 70-73, especialmente p. 73: "algumas leis só se justificam sobre pressupostos paternalistas profundos – de que a maioria sabe mais que alguns indivíduos onde o valor em suas vidas deve ser buscado e tem o direito de forçá-los a buscá-lo lá. Essas leis são ofensivas à liberdade e devem ser condenadas como afrontas à responsabilidade pessoal dos indivíduos sobre suas próprias vidas".

(ii) *autenticidade* – "Cada um tem a responsabilidade pessoal e especial de identificar quais devem ser os critérios de sucesso em sua própria vida; [...] de criar essa vida por meio de uma narrativa ou de um estilo coerentes com os quais ele mesmo concorde"[515]. O respeito por si mesmo corresponde à compreensão que temos de que nosso caráter e nossas realizações têm importância[516]. Já a autenticidade exprime a ideia de que, se viver bem é algo relevante, as pessoas precisam identificar um modo de fazê-lo que se mostre correto e conformar sua vida de acordo com ele[517]. Disso decorre a *independência ética* – não a fuga de influências ou da persuasão de terceiros, mas a resistência à dominação. As limitações que ofendem a dignidade não são as que decorrem da natureza ou das circunstâncias, mas da imposição do juízo de outrem sobre a vida de alguém[518]. Ressalvadas as pessoas que não tenham a capacidade, seja de reagir ao mundo formando convicções pertinentes, seja de adequar sua conduta a essas orientações, todos terão sua dignidade ofendida se não tiverem sua independência ética respeitada.

Segundo Dworkin, para que o valor que cada um dá à própria vida seja objetivo, ele deve ser encontrado na vida de todos os demais[519]. Daí que, no plano da moral, o respeito por si mesmo se transforme no princípio do *valor intrínseco*, de que decorrem deveres tanto de ajuda[520], quanto (em maior extensão) de não causar danos a terceiros[521]. Esse último ponto é relevante porque destaca outro componente da responsabilidade atribuída pelo segundo princípio: o *poder de controle* sobre o próprio corpo e sobre os bens que nos cabem, e que é necessário para que possamos escolher os atos que serão realizados no exercício dessa responsabilidade – afinal, esta só pode ser efetiva se tivermos uma imunidade moral contra o dano deliberado causado pelos outros e não consentido por nós[522].

Passando já ao plano político, só é possível conciliar a subordinação à autoridade do Estado com a dignidade – particularmente com o princípio da responsabilidade – se todos se comprometerem a respeitar as decisões coletivizadas[523] e, principalmente, se o governo tentar,

---

[515] *Id.*, *A raposa e o porco-espinho*, cit., p. 311.

[516] *Ibid.*, p. 314 e ss.

[517] *Ibid.*, p. 320 e ss.

[518] *Ibid.*, pp. 323-325.

[519] *Ibid.*, p. 397.

[520] *Ibid.*, p. 414 e ss.

[521] *Ibid.*, p. 435 e ss.

[522] DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*, cit., pp. 439-442.

[523] *Ibid.*, p. 489. Do contrário, ter-se-ia a subordinação de alguém à vontade de terceiros. Giovanni Sartori (*Elementos de teoría política.* Versión de Mª. Luz Morán. 4ª reimp. Madrid: Alianza Editorial, 2012, p. 321)

de boa-fé, respeitar e proteger a dignidade de todos (em particular, evitando danos deliberados de uns sobre outros). Aí reside a legitimidade[524] e o poder da coletividade de criar obrigações para seus membros: para que o exerça validamente, é necessário "que os trate com igual consideração e respeito", ou seja, "que em seus programas de ação política, considere todos os seus destinos como igualmente importantes e respeite a responsabilidade individual de cada um deles pela própria vida"[525].

A concepção de Dworkin sobre a dignidade humana encontra certa correspondência nos três princípios que Carlos Santiago Nino chama de *autonomia da pessoa*, *inviolabilidade da pessoa* e *dignidade da pessoa*, e que formam a base dos direitos fundamentais[526].

O primeiro deles (autonomia da pessoa) envolve a aceitação livre de princípios morais intersubjetivos e de ideais autorreferentes de excelência pessoal – situados, respectivamente, nos planos da moral e da ética. Como pode ser necessário restringir a atuação de uns para proteger a de outros, quando se trata de princípios intersubjetivos a autonomia pode limitar a si própria. Mas isso não ocorre quando se trata de ideais de excelência pessoal, porque sua adoção por alguém não afeta terceiros. Disso se extrai o princípio da *autonomia pessoal*, que veda a interferência externa sobre a livre adoção de ideais de excelência e, consequentemente, o perfeccionismo – a ideia de que caberia ao Poder Público impor ideais de virtude pessoal. Ele se aproxima, assim, da responsabilidade defendida por Dworkin.

O segundo princípio (inviolabilidade da pessoa), por sua vez, demanda que as pessoas sejam consideradas como unidades morais, entidades independentes entre si, com um ponto de vista próprio, distinto dos adotados pelos demais. Ele afasta posições de caráter *holista* – que admitiriam que danos, ônus e benefícios, sofridos ou auferidos por pessoas diversas, fossem compensados entre si – e, particularmente, *coletivista* – que afirmam a existência de entidades coletivas como pessoas morais independentes e dotadas de interesses próprios, irredutíveis aos de seus membros. Isto é: cada pessoa é e deve ser tratada como um ser completo e distinto dos outros, ainda quando integre uma coletividade. Mais adiante[527], o autor oferece uma reformulação do princípio da inviolabilidade baseada em uma noção de igualdade como não-

---

distingue entre: (a) *decisões individuais* – situações em que alguém decide por si mesmo; (b) *decisões de grupo* – casos em que as pessoas interagem diretamente e participam significativamente das decisões tomadas por um grupo; (c) *decisões coletivas* – nas quais a decisão cabe a um grupo mais extenso, impossibilitado de agir como um grupo concreto; e (d) *decisões coletivizadas* – hipóteses em que quem decide, o faz "por outros".

[524] DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*, cit., p. 491 e ss.

[525] *Ibid.*, p. 503.

[526] SANTIAGO NINO, Carlos. *La constitución de la democracia deliberativa*, cit., p. 75-83.

[527] SANTIAGO NINO, Carlos. *La constitución de la democracia deliberativa*, cit., pp. 92-93.

exploração: proíbe que alguns tenham mais autonomia à custa de que outros sejam menos autônomos. Assim, é legítimo aumentar a autonomia de alguns somente quando isso não afetar a autonomia dos menos autônomos ou quando a incrementar.

Por fim, o que Santiago Nino chama de dignidade da pessoa evita que o primeiro princípio se volte contra os próprios indivíduos, impedindo-os de restringirem sua própria autonomia. O terceiro princípio admite que a decisão deliberada dos afetados seja fundamento suficiente para a criação de obrigações e a perda de direitos[528]. Dessa forma, as limitações à autonomia são válidas não só quando promovem ou não prejudicam a autonomia dos menos autônomos (inviolabilidade da pessoa), mas também quando têm o consentimento dos próprios interessados (dignidade da pessoa).

O princípio da autonomia pessoal determina os bens que formam o *conteúdo* dos direitos fundamentais – "condições necessárias para a escolha e a concretização dos ideais pessoais e planos de vida baseados nesses ideais" –, que incluem, por exemplo: vida, integridade física e moral, liberdade de locomoção, liberdade de expressão, acesso a recursos materiais e liberdade de práticas religiosas. O princípio da inviolabilidade da pessoa define a *função* dos direitos fundamentais como limites que protegem os interesses individuais de demandas fundadas em interesses de terceiros (inclusive de coletividades). Já o princípio da dignidade da pessoa torna dinâmico o tratamento dos direitos ao permitir que o consentimento dos indivíduos sirva de base para suas obrigações[529].

Como não podemos negar a dignidade dos outros sem negar a nossa própria, isso se traduz em um dever de reciprocidade, alcançando efeitos intersubjetivos. Dessa forma, não apenas cada pessoa tem um valor moral intrínseco, mas é credora de respeito por parte de todas as outras e deve o mesmo às demais. Sendo reflexos, manifestações ou concretizações da dignidade humana[530], os direitos fundamentais exigem que os indivíduos sejam respeitados em seu valor intrínseco e em sua responsabilidade ética, para usar os termos de Dworkin. Nesse sentido, eles protegem não só a existência (vida) e a integridade física das pessoas, mas também sua individualidade e sua capacidade de formular juízos acerca de si, de seus projetos de vida e do mundo ao seu redor. Mais do que isso, como a realidade é construída socialmente e as

---

[528] Também Dworkin defende que o consentimento do lesado, no exercício da responsabilidade por sua vida, torna lícita a restrição – nesses casos, não há usurpação, mas permissão. V. DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*, cit., p. 595-596.

[529] SANTIAGO NINO, Carlos. *La constitución de la democracia deliberativa*, cit., pp. 77 e 82.

[530] A associação entre direitos fundamentais e dignidade humana é bastante difundida. V., *e.g.*, SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 86 e ss.

pessoas somente se revelam, a si e aos outros, *como pessoas*, por meio do discurso e da ação[531], o viver de que se cuida aqui é o existir em conjunto, o conviver com os demais "como um ser distinto e único entre iguais"[532].

Tudo isso se reflete juridicamente no sistema de direitos fundamentais. Estes podem ser vistos como a tradução, no direito positivo, do valor da autonomia postulado pelo reconhecimento da dignidade humana. Na terminologia do direito internacional, *hominum causa omne jus constitutum est* – o ser humano é a causa pela qual todo direito é definido[533]. A centralidade da pessoa na ordem jurídica gera repercussões variadas, colaborando até para a construção de direitos que, embora não escritos, podem ser extraídos do sistema da Constituição[534]. Ela preside também o regime jurídico dos direitos fundamentais, que devem ser reconhecidos igualmente a todos (*universalidade dos direitos fundamentais*)[535] e gozar da força expansiva de *mandados de otimização:* na medida em que exigem seu cumprimento na maior medida admissível, sua interpretação, em princípio, deve ser sempre a mais generosa possível. Eventuais restrições, embora possíveis, devem ser sempre *externas*, decorrentes da necessidade de atender a outros direitos fundamentais ou a fins públicos relevantes[536]. Estes, por sua vez, não se confundem com razões de Estado, nem podem ser usados para "atacar" pessoas ou estilos de vida – quaisquer que sejam os fins envolvidos, ele só serão legítimos se atenderem à condição de respeitar a diversidade e o pluralismo, que são apenas decorrências do reconhecimento geral da autonomia de cada um.

Neste contexto, a religião aparece, não como causa ou fundamento, mas como produto do exercício da autonomia individual. Valendo-se de suas capacidades morais, cada pessoa identifica um conjunto de proposições (éticas, estéticas e até descritivas) que melhor explica, do seu ponto de vista, o seu papel no mundo, a finalidade da existência, e sua relação com os

---

[531] ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. rev. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, pp. 219-226.

[532] *Ibid.*, p. 223.

[533] CONDÄ, H. Victor. *A handbook of international human rights terminology*. 2nd ed. Lincoln: University of Nebraska, 2004, p. 108.

[534] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 104.

[535] Nessa linha, contrariando o que parecia ser uma limitação expressa do texto constitucional, o Supremo Tribunal Federal (corretamente) estendeu aos estrangeiros não residentes a titularidade dos direitos fundamentais. V. STF, *DJ* 27 fev. 2008, HC 94.016/SP, Rel. Min. Celso de Mello.

[536] Essas ideias correspondem à *teoria dos princípios*. V. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, cit., p. 151 e ss.; SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, v. 1, n. 4, pp. 23-51, out./dez. 2006, pp. 39-40.

demais, com a natureza, e com seres, forças e elementos que, a seu juízo, transcendem a realidade sensível, empiricamente observável. Não se trata de transformar em uma *escolha* o que, aos olhos do crente, se apresenta como uma verdade, tão ou mais inabalável que a crença nos resultados de um experimento científico. Cuida-se simplesmente de reconhecer que cabe a cada um adotar a explicação, as ideias e as doutrinas que lhe pareçam mais adequadas, pouco importando que o faça por opção, revelação ou observação empírica.

Isso em nada diminui o papel das comunidades em que as pessoas se inserem, que têm, ao revés, um grande peso. A afirmação da autodeterminação pessoal e a definição dos direitos fundamentais que a contemplam não pressupõem um indivíduo isolado no mundo, imerso em seus próprios pensamentos. Além disso, só na vida em sociedade – em meio a outros e em relação a eles – faz sentido falar em direitos. De todo modo, e por maior que seja a influência de um grupo na formação dos valores de alguém, não se trata de uma relação de causalidade em que a inserção produz conformidade; a socialização exige a internalização, por meio da qual os indivíduos assumem como *seus* – a ponto de se identificarem como membros de um grupo – as ideias que este lhes transmite. Dito de outra forma, a ingerência da coletividade é mediada pela consciência individual.

Longe de proibir essa conexão com as comunidades, os direitos fundamentais devem resguardá-la, tendo em vista que é nessas relações que as pessoas formam suas convicções. Daí a relevância, *e.g.*, da *liberdade de organização religiosa* (e do *direito de associação*, de forma mais ampla). Mas isso não deve desviar o foco do centro das preocupações, que é, e deve ser, sempre a pessoa – é por ela e para ela que essas comunidades são preservadas e protegidas. O que o reconhecimento jurídico da autonomia faz, neste contexto, é afirmar que o vínculo entre indivíduo e grupo só terá proteção jurídica se (ou enquanto) o primeiro assumir como seus os valores e as orientações do segundo. A partir do momento em que essa identidade se rompe, a relação jurídica entre um e outro se extingue.

Dessa forma, pode-se dizer que os direitos fundamentais demarcam um espaço próprio em que cada pessoa, sozinha ou inserindo-se em comunidade, desenvolve, recebe, atualiza e pratica os valores e orientações que considera mais apropriados. Isto é: forma-se um campo de privacidade, sujeito ao controle do próprio indivíduo e, assim, excluído *prima facie* do olhar, da ingerência e da participação do Estado e de terceiros. Quanto à religião, isso envolve o poder de cada um exercer suas capacidades morais para acolher uma crença e se orientar em função dela, só ou em conjunto com outros – o que se traduz nas liberdades de crença, prática (culto) e organização religiosa. O tema será aprofundado mais adiante.

3.5 **Democracia e religião**

3.5.1 Democracia, religião e conflito

É comum que se diga que, em uma democracia, a legitimidade dos atos do Poder Público depende do consenso dos governados. É igualmente frequente a celebração do pluralismo, em especial do pluralismo religioso – que, não raro, apresenta conflitos absolutamente insuperáveis e inegociáveis. Em geral, não há persuasão ou barganha possível quando se trata de negar a visão que alguém tenha sobre todo o mundo que a cerca. Essas duas ideias parecem incompatíveis entre si: como exigir consenso quando há tantas e tão sérias divergências, sobre questões tão relevantes para as pessoas?

O tema é bem aprofundado por Chantal Mouffe, que vai de encontro ao pensamento liberal corrente ao refutar a ideia de que chegar a um consenso seria a finalidade da política[537]. Para ela, a oposição nós/eles é constitutiva da identidade das pessoas, porque é o reconhecimento do que as difere de outras que permite que elas se definam. No entanto, essa oposição se torna destrutiva quando assume um caráter *antagonístico* (amigo/inimigo) – *i.e.*, "quando se acredita que o 'eles' está questionando a identidade do 'eu' e ameaçando a sua existência"[538]. Mas o papel da democracia não é, nem pode ser, eliminar a oposição e os conflitos de opinião; ela deve apenas desarmá-los. Isso se faz pela introdução de outro tipo de oposição nós/eles – o *agonismo:* aqui as pessoas não são inimigas umas das outras, mas *adversárias*, competindo pelo exercício do poder político. Embora admitam que não há solução racional para o conflito, adversários respeitam a legitimidade uns dos outros, reconhecendo-os como pertencentes ao mesmo ente político e partilhando o mesmo espaço simbólico onde se situa o conflito.

Para isso, naturalmente, é preciso garantir a existência de canais e instituições que permitam a expressão desarmada dos conflitos por cada um dos lados. É aqui que se insere o consenso possível e necessário: "no que diz respeito às instituições constitutivas da democracia e aos valores 'ético-

---

[537] Este parágrafo sintetiza as principais ideias desenvolvidas em: MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015; e *Id.*, Por um modelo agonístico de democracia. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 25, pp. 11-23, nov. 2005. Com base nessas ideias, a autora critica pensadores de variadas correntes, como Rawls, Habermas, Rorty e Negri.

[538] MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*, cit., p. 15.

políticos' que caracterizam a associação política – liberdade e igualdade para todos"[539]. Não raro, haverá divergência quanto ao sentido e à implementação de tudo isso, mas a adesão a eles já é uma base comum em que democracia pode se erigir. Prossegue a autora[540]:

> eu não acredito que uma política pluralista democrática deva considerar legítimas todas as reivindicações formuladas numa determinada sociedade. O pluralismo que eu defendo exige que se diferencie entre reivindicações que devem ser aceitas como parte do debate agonístico e aquelas que devem ser excluídas. Uma sociedade democrática não pode tratar quem questiona suas instituições básicas como um adversário legítimo. A abordagem agonística não pretende abarcar todas as diferenças e superar todas as formas de exclusão. Mas as exclusões são encaradas em termos políticos, não em termos morais. Algumas reivindicações são excluídas não porque sejam declaradas "perniciosas", mas porque põem em questão as instituições fundamentais da associação política democrática. Na verdade, embora a própria natureza dessas instituições também faça parte do debate agonístico, para que esse debate aconteça é indispensável a existência de um espaço simbólico comum. Foi isso o que eu quis dizer quando argumentei [...] que a democracia exige um "consenso conflituoso": consenso sobre os valores ético-políticos de liberdade e igualdade para todos, e dissenso a respeito da interpretação desses valores. Portanto, deve-se traçar uma linha entre aqueles que rejeitam completamente esses valores e aqueles que, embora os aceitem, defendem interpretações conflitantes.

Sem dúvida, há diferenças importantes entre o pensamento de Chantal Mouffe e a doutrina de um liberal como John Rawls. Do ponto de vista prático, porém, suas doutrinas se aproximam ligeiramente na medida em que também o segundo insiste na inviabilidade de os intolerantes invocarem a ideia de tolerância[541] e na exigência de que as doutrinas morais abrangentes em curso na sociedade – como as religiões – sejam *razoáveis*[542]. Em ambos os casos, afirma-se claramente que o pluralismo democrático é amplo, mas não transige com a sua própria eliminação; há um conjunto valorativo mínimo que deve ser observado por todos.

Seja como for, mais do que um armistício, a democracia incorpora o conflito como parte inelutável de uma sociedade plural e tenta apenas desarmá-lo. Verifica-se um deslocamento do consenso em que, desde os contratualistas, se vem insistindo[543]: a legitimidade do exercício do poder político não pode depender da concordância de todos com uma decisão concreta[544], mas da

---

[539] MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*, cit., p. 30.

[540] *Ibid*., pp. 120-121.

[541] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, cit., p. 266-272.

[542] Para Rawls, "[a]s pessoas são razoáveis em um aspecto básico quando, entre iguais, por exemplo, estão dispostas a propor princípios e critérios como termos eqüitativos de cooperação e a submeter-se voluntariamente a eles, dada a garantia de que os outros farão o mesmo" (RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 2000, p. 93).

[543] Como indivíduos livres e iguais não têm fundamento para se impor uns sobre os outros e "a força não produz qualquer direito, só restam as convenções como base de toda autoridade legítima existente entre os homens". (ROUSSEAU, Jean-Jacques, Do contrato social, cit., 1991, p. 26). Daí a concepção da coletividade como uma *sociedade* ou *associação:* os cidadãos devem ser enxergar como sócios e parceiros, unidos para consecução de fins comuns.

[544] Nesse ponto, deve ser criticada a parcela da doutrina da democracia deliberativa para quem o dissenso seria um

imparcialidade do quadro jurídico-institucional em que eles são produzidos. O que se exige não é uma unanimidade empiricamente computada; não há matéria isenta de controvérsias – e os procedimentos não são exceção[545]. Impõe-se apenas reconstruir as instituições à luz das ideias apresentadas acima: a unidade se manifesta em uma esfera política na qual cidadãos livres se veem representados igualmente, com suas diferenças, no e perante o direito[546].

De que forma isso repercute sobre as religiões? Ao menos no Ocidente, a grande maior parte das denominações convive de forma relativamente pacífica com o Estado. Algumas até lançam candidatos nas eleições ou formam partidos políticos, sendo ainda mais comum que participem ativamente dos debates, formais e informais, sobre temas de seu interesse. Isso pode envolver um *consenso sobreposto*, defendido por Rawls[547], e/ou decorrer de uma adaptação de doutrinas religiosas, pelos próprios fiéis ou confissões, a fim de acomodá-las à estrutura do Estado democrático. Em qualquer caso, a constatação dessa evidência já é suficiente para mostrar que a religião, como categoria geral, não é um problema para a democracia, desde que as denominações particulares – como as pessoas de forma geral – aceitem e se submetam às exigências básicas de igualdade e liberdade, decorrentes da dignidade humana.

Mas os deveres impostos pela justiça política não alcançam apenas a religião; também o Estado (como a sociedade civil) tem sua parcela de responsabilidade. Como visto, o crescimento do fundamentalismo violento é uma resposta, em alguma medida, à exclusão gerada pelos sistemas político, social e econômico. Nos Estados democráticos, isso pode ser estimulado por um discurso que desqualifica as religiões ou algumas delas, estigmatiza seus fiéis e os empurra para a

---

sintoma de uma deliberação incompleta ou insatisfatória. Por mais idealista que seja uma teoria, ela deve levar em conta que, "no mundo real, mesmo após a deliberação, as pessoas continuarão a discordar de boa-fé sobre o bem comum e sobre as questões de política, princípio, justiça e direito sobre as quais esperamos que um legislativo delibere" (WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004, pp. 91-93).

[545] GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why deliberative democracy?* Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 109.

[546] A submissão comum a um *texto* é particularmente importante, ainda que sua interpretação suscite dúvidas e opiniões diversas. Em outro contexto, isso é sublinhado por Jeremy Waldron, para quem, "o direito, na medida em que se vale de fórmulas verbais específicas, busca se conectar e se associar, como uma instituição social, a outra instituição – a da linguagem natural. Em particular, ele busca se associar a *qualquer determinabilidade interpessoal que pode haver na comunicação com a linguagem natural*" (WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*, cit., pp. 82-83). O autor remete, ainda, a Hannah Arendt, que afirma: "a Constituição, um documento escrito, uma coisa objetiva e duradoura, que certamente podia ser abordada de muitos ângulos diferentes e interpretada de muitas maneiras diversas, que podia ser modificada e emendada de novo de acordo com as circunstâncias, mas que mesmo assim jamais era um estado de espírito subjetivo, como a vontade" (ARENDT, Hannah. *Sobre a revolução*, cit., p. 207).

[547] O consenso sobreposto está relacionado à estabilidade da sociedade democrática em um contexto de pluralismo razoável, em que nenhuma doutrina abrangente é capaz de preservá-la. A ideia é que cada cidadão endossa a concepção política de justiça a partir de seus pontos de vista particulares, baseando-se nas doutrinas abrangentes que adotam. V. RAWLS, John. *O liberalismo político*, cit., p. 179 e ss. Algo semelhante é defendido por HABERMAS, Jürgen. Notes on post-secular society, cit., p. 27.

marginalidade. Uma ordem que negue a divergência, bloqueando os canais institucionais em que a discordância poderia se manifestar legitimamente, transforma os adversários em inimigos – que assumem a eliminação radical da própria ordem democrática como seu objetivo[548]. Dessa forma, a exigência de iguais liberdades deve ser levada a sério também em relação às religiões, a fim de incluir as pessoas religiosas, tanto quanto possível, como *sujeitos de direito* cuja *autonomia ética* seja reconhecida e tutelada por *direitos fundamentais*; e também como *cidadãos* em paridade de condições com os demais[549]. A abertura do debate é um requisito fundamental para tanto.

Além disso, para que a democracia funcione, é preciso que as pessoas tenham uma pré-disposição a cooperar – e aqui se apresenta, com particular clareza, a relação de cooriginariedade entre a democracia e os direitos fundamentais. Como explica Cláudio Pereira de Souza Neto, a pré-disposição a que se referiu acima

> só se torna viável, em contextos de pluralismo, se cada um se autocompreende como membro da comunidade política, porque esta comunidade o trata como "digno de igual respeito". Note-se que a dignidade não pode ser reduzida à funcionalidade democrática. Implica também a possibilidade de cada um realizar com liberdade o seu projeto pessoal de vida[550].

Dessa forma, à democracia não interessam apenas aqueles direitos fundamentais que se associam diretamente ao processo deliberativo (*e.g.*, sufrágio, liberdade de expressão, direito à informação), mas também aqueles que relacionados ao livre desenvolvimento da personalidade – como a liberdade religiosa, explicitamente mencionada pelo autor: "Se a comunidade política não reconhece como digna de igual respeito a opção religiosa de um cidadão, este não tem motivos para se perceber como um participante cooperativo dessa comunidade". Ou seja: não conceder esse direito é "negar a própria condição de pertencimento dos crentes"[551].

A operação do regime democrático exige que as pessoas compartilhem os encargos da vida comum – o que demanda uma motivação para o agir coletivo. É preciso haver uma sintonia entre cidadãos e sociedade. Para isso, esta "deve organizar-se de modo a conseguir gerar em cada um de seus membros o sentimento de que pertence a ela, de que essa sociedade se preocupa com ele e, em

---

[548] MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*, cit., p. 75-81.

[549] Na síntese de Robert A. Dahl (*A democracia e seus críticos.* Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012 (Biblioteca jurídica WMF), pp. 49-50), isso envolve: (a) *participação efetiva – i.e.*, iguais efetivas oportunidades de levar suas opiniões ao conhecimento dos outros; (b) *igualdade de voto*; (c) *entendimento esclarecido* – cada um deve ter o direito de conhecer as alternativas que se apresentam e seus prováveis efeitos; (d) *controle do programa de planejamento – i.e.*, o controle da agenda, das discussões a serem travadas; e (e) *inclusão de todos adultos* (capazes).

[550] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*, cit., p. 161.

[551] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*, cit., p. 163.

conseqüência, a convicção de que vale a pena trabalhar para mantê-la e melhorá-la"[552].

3.5.2 Religião, maioria e procedimento democrático

A conclusão acima gera consequências para o funcionamento da democracia. Como as pessoas divergem sobre as decisões a serem tomadas, não se pode julgar o procedimento por cada resultado que ele produz. O que se exige é alguma forma de *justiça procedimental imperfeita* – um sistema que, embora falível, seja construído de forma que tenha maior probabilidade de resultar em decisões justas[553]. De fato, um processo deliberativo em que pessoas livres tenham iguais oportunidades de contribuir para a formação das opiniões e, assim, para a tomada de decisões pelo Estado, é aquele que melhor promove a exigência de imparcialidade ao viabilizar o debate sobre todos e quaisquer pontos de vista existentes.

No entanto, a valia desse processo depende da maior ou menor satisfação das condições que lhe são subjacentes – *i.e.*, de requisitos que permitam confiar na justiça do procedimento e, assim, na legitimidade do resultado[554]. Além de estabilizarem expectativas, possibilitando a ação coordenada das pessoas, as instituições políticas devem ser canais para uma ampla, aberta e contínua deliberação pública – inclusive sobre si próprias –, ao mesmo tempo em que expressam e garantem o mínimo de justiça necessário para legitimar a coerção e a obediência.

Diante das considerações anteriores, não é difícil reconhecer o protagonismo do processo legislativo em uma democracia. Até em países com um endêmico *déficit* de representatividade, é mais *provável* que resulte em decisões justas um procedimento envolvendo centenas de pessoas eleitas pelo voto popular, com sessões abertas e ampla divulgação na mídia, do que a reflexão íntima

---

[552] CORTINA, Adela. *Cidadãos do mundo*, cit,, pp. 20-21.

[553] RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, cit, p. 104.

[554] SANTIAGO NINO, Carlos. *La constitución de la democracia deliberativa*, cit., pp. 165 e 180. Dessa forma, a ênfase nos procedimentos não conduz a uma neutralidade absoluta ou, muito menos, à irrelevância das questões materiais. Com efeito, nem todos os arranjos são democráticos; o que permite apartar estes dos demais é o conjunto de valores substantivos – *i.e.*, não instrumentais –, que promovem. São esses valores, implícitos "no núcleo essencial e irrenunciável de regras técnicas" das normas que presidem o "jogo democrático", "que constituem a verdadeira razão da superioridade axiológica da democracia comparada aos regimes não-democráticos" (BOVERO, Michelangelo. *Contra o governo dos piores:* uma gramática da democracia. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2002, p. 49). Não é qualquer procedimento que legitima o resultado; se o processo democrático o faz é que porque se supõe que ele seja justo em si mesmo, o que remete a valores substantivos (DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, cit., pp. 276-277). Nas palavras de Jürgen Habermas (*Direito e democracia:* entre facticidade e validade, cit., v. 1, p. 328), "[o] próprio conceito do procedimento democrático apoia-se num princípio de justiça, no sentido do igual respeito por todos".

da(o) Chefe do Executivo ou o debate entre alguns juízes vitalícios e não eleitos. Sem dúvida, é possível que a intromissão de interesses escusos bloqueie a relação entre o Legislativo e a sociedade, ou que certos magistrados sejam mais sensíveis às orientações prevalecentes na sociedade que alguns agentes eleitos. Mas tudo isso é contingente: *ceteris paribus*, processos mais deliberativos têm maior probabilidade de produzir resultados justos – e, assim, maior legitimidade democrática – que outros.

As eleições assumem aqui um inegável destaque. A conexão e a separação entre as esferas estatal e social sugere tensão, mas também correlação. Elas se enfeixam na *responsabilidade democrática* dos detentores de cargos políticos: sua contínua subordinação ao controle social e a eleições periódicas preserva a distinção entre a sociedade civil e o Estado[555], ao mesmo tempo em que constrói canais de interação dos cidadãos com seus representantes[556]. A representação política impõe uma relação de mútua e contínua implicação entre os cidadãos e seus agentes: além de falarem pelo povo, as instituições precisam ser *loci* de reverberação das opiniões dos cidadãos. Por permitirem a seleção direta (das opiniões) de quem ocupará cargos públicos, as eleições são, assim, um item elementar do receituário democrático.

No entanto, e sem prejuízo de sua evidente relevância, nem os processos eleitoral e legislativo produzem uma identidade perfeita entre o universo de representados e o corpo de representantes[557]. Ninguém encarna "o povo"; há sempre alguém que decide *em nome* dele[558]. Disso decorre que nenhum órgão pode assumir a autoridade de um porta-voz definitivo de uma (inexistente) vontade popular única e objetiva. Nem mesmo o legislador. Eleições podem gerar "um governo *responsável* e *limitado*, mas não um *governo representativo*", que exige a contínua recriação e garantia de uma harmonia dinâmica com a sociedade[559]. Mesmo o processo legislativo

---

[555] HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade, cit., v. 1, p. 219.

[556] MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C. Elections and representation. In: PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C.; MANIN, Bernard (Eds.). *Democracy, accountability, and representation.* Cambridge: Cambridge University Press, 1999 (Cambridge Studies in the Theory of Democracy).

[557] Não há como construir uma democracia a partir de uma concepção *mimética* de representação – que pretendesse ser uma "fotografia" da sociedade plural –, mas apenas sobre uma representação *estética* – que, à semelhança de uma obra impressionista, mantém o contato com a realidade social, porém admite certa independência na ação política dos representantes. Sobre o tema, com referência a Frank R. Ankersmit, v. LOUGHLIN, Martin. *The idea of public law*, cit., p. 70.

[558] Como exposto em outro lugar (MAGALHÃES PIRES, Thiago. Democracia: da fantasia à representação. In: BRANDÃO, Rodrigo. BAPTISTA, Patrícia (Orgs.). *Direito Público*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015 (Direito UERJ 80 Anos / Coord. Carlos Eduardo Guerra de Moraes e Ricardo Lodi Ribeiro; 8), especialmente p. 527-537), é impossível que todos os afetados por uma decisão sejam ouvidos – além dos incapazes, há os que ainda nem nasceram. Não fosse suficiente, como há diversas opiniões sobre certos temas, as decisões, embora imputadas a todos, são tomadas por alguém em particular (o príncipe, a maioria). Tudo isso mostra que jamais existe um governo em que todos são autores do direito. O máximo que pode haver – e é o que deve buscar o ideal democrático – é a *representatividade* de quem decide em nome dos outros.

[559] URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, pp. 191-228, 2006, pp.

tem seus limites. Seu maior valor epistêmico não se aplica, *e.g.*, no plano científico ou para a definição de fatos – até porque "não se decide, com maioria, o que é verdadeiro ou falso"[560] –, nem para a escolha de ideais de excelência pessoal (*e.g.*, dieta, vida sexual), que repercutem apenas sobre a própria pessoa e, por isso, não dependem da exigência de imparcialidade que legitima as decisões coletivizadas[561]. Ademais, como outras formas de justiça procedimental imperfeita, o processo legislativo pode gerar injustiças graves, voltando-se contra seus próprios pressupostos, o que torna bastante razoável desenvolver filtros, como o controle judicial de constitucionalidade das leis[562].

Nem mesmo a *regra da maioria* resolve o problema[563]. Além de ignorar a intensidade das preferências das pessoas[564] – o que é particularmente relevante em matéria de religião, porque a crença não se confunde, para o fiel, com meras inclinações –, não se pode supor que a decisão majoritária seja necessariamente verdadeira, correta ou melhor. Como seres humanos, os componentes da maioria são tão suscetíveis ao erro e à má-fé como quaisquer outros. Mais do que isso, as qualidades de uma coletividade não seguem necessariamente as de seus membros. Se é verdade que, em certas condições, a interação das pessoas produz um grupo que, no todo, é mais competente que seus membros, em outras situações a tendência se inverte e o todo se

193-194.

[560] PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 335.

[561] SANTIAGO NINO, Carlos. *La constitución de la democracia deliberativa*, cit., pp. 76 e 182-183.

[562] MENDONÇA, Eduardo. A jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2015, p. 140. Do fato de haver um órgão menos responsivo (ou responsivo de outra forma) ao povo não decorre necessariamente uma afronta à democracia; ao contrário, a combinação de diferentes instituições pode *promover* e *aumentar* a responsividade do sistema em geral – *e.g.*, dando voz a quem não seja ouvido em outros fóruns. V. VERMEULE, Adrian. *The system of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2011, p. 4 e p. 38 e ss.

[563] Em seu favor, a regra da maioria tem a própria igualdade, que é um valor elementar do regime democrático. Afinal, melhor do que a maioria seria exigir a unanimidade, mas, com isso, o que se tem é a atribuição a cada pessoa de um direito de *veto* a qualquer deliberação dos demais (D'ALIMONTE, Roberto. Decisões coletivas, teoria das. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política.* 3. ed. Tradução de Carmen C. Varrialle et al.Brasília: UnB; Linha Gráfica Editora, 1991, p. 311). Assim, um pequeno grupo ou mesmo um único cidadão poderia impedir que todos os demais fizessem o que consideram bom, adequado ou necessário. Isso equivale a uma primazia da minoria, e é justamente para eliminar esse tipo de situação que se luta pela democracia. Com a unanimidade fora do jogo, as únicas alternativas parecem ser realmente atribuir o poder de decisão à minoria ou à maioria, e, assim posta a questão, não é difícil preferir a segunda à primeira. A igualdade entre as pessoas torna impossível decidir pela opinião de uma ou outra com base no conteúdo do que defendem. Sem um critério qualitativo, recorrer ao *quantitativo* parece o único caminho viável. Além disso, trata-se de uma fórmula equânime em princípio, na medida em que não pré-define, em função do resultado, a corrente que conduzirá a decisão a ser tomada.

[564] É comum que os cidadãos atribuam pesos variados a uma mesma questão, de forma que algo que parece relativamente indiferente a alguns seja considerado essencial ou fundamental para outros. A regra da maioria, baseada na ideia de *one man, one vote*, não é capaz de traduzir essa diferença; em vez disso, ela pressupõe "que se diga: 'finjamos' que todas as intensidades são iguais. Mas não são" (SARTORI, Giovanni. *Elementos de teoría política*, cit., p. 338).

prova menos inteligente ou capaz que seus integrantes. Como demonstram estudos, é possível até que pessoas cujas opiniões sejam totalmente coerentes tomem decisões incoerentes entre si quando reunidas[565].

Nada disso pretende servir de campanha contra a regra da maioria. O que se quer destacar é que ela não pode se converter, de técnica de decisão, em critério de verdade ou justiça[566]. O risco de que a maioria venha a errar ou até a se exceder – que é real e decorre da natureza humana – justifica cautelas adicionais. Por mais abrangente que seja, a maioria não é mais que uma parcela do povo e, por isso, não emana uma "vontade geral"; só o que ela faz é se impor sobre a minoria[567]. Não é adequado, assim, equipará-la à coletividade[568]: "quem fala em *majority rule* esquecendo-se dos *minority rights* não promove a democracia, a sepulta"[569].

Em rigor, a passagem direta das reivindicações da sociedade civil para o Estado só seria legítima se a ordem social se traduzisse sempre em liberdade para todos – o que não ocorre. Isso porque "[a] sociedade civil reflete a desigualdade dos grupos [...]; se deixada por conta própria, é provável que ela reforce e aumente os efeitos dessa desigualdade"[570]. Dessa forma, é preciso que a interação entre a sociedade e o Estado seja mediada por uma esfera em que todos ingressem com igualdade, sob pena de se abrir espaço para a instrumentalização do aparelho estatal pelas forças sociais mais poderosas[571]. Esse é o papel da esfera política, necessária para "elaborar a unidade a partir da diversidade"[572], protegendo as instituições, tanto quanto possível, das desigualdades da

---

565 VERMEULE, Adrian. *The system of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2011, pp. 21-23.

566 OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais.* v. I. reimp. Coimbra: Almedina, 2009, p. 626.

567 ELSTER, Jon. *Ulysses unbound:* studies in rationality, precommitment, and constraints. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2000, p. 93.

568 Como aponta Joseph A. Schumpeter (*Capitalism, socialism and democracy*. 3rd ed. with a new introduction by Thomas K. McCraw. New York: Harper Perennial Modern Thought, 2008, p. 272), "mesmo que essa vontade [do povo] fosse inegavelmente real e definida, uma decisão por maiorias simples em muitos casos a distorceria em vez de lhe dar efeito. Evidentemente a vontade da maioria é a vontade da maioria e não a vontade 'do povo'. Esta é um mosaico que aquela não consegue 'representar'. Igualá-las por definição não é resolver o problema". Sem dúvida, é um excesso dizer, como faz Posner, que a regra da maioria é apenas um sucedâneo da força bruta (*Law, pragmatism, and democracy*. Cambridge; London: Harvard University Press, 2003). Mas tampouco se pode idealizar o grupo majoritário ou igualá-lo, sem mais, ao conjunto do povo.

569 SARTORI, Giovanni. *Elementos de teoría política*, cit., p. 54.

570 WALZER, Michael. *Política e paixão:* rumo a um liberalismo mais igualitário. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008, p. 113.

571 Nas palavras de Jürgen Habermas (*Direito e democracia:* entre facticidade e validade, cit., v. 1, pp. 219-220): "A ideia segundo a qual o poder do Estado pode elevar-se acima das forças sociais como um *pouvoir neutre* sempre foi ideologia. Entretanto, um processo político *que resulta* da sociedade civil tem que adquirir uma parcela de autonomia em relação a potenciais de poder ancorados na estrutura social [...], a fim de que o sistema não se degrade, assumindo a forma de um partido entre outros partidos, seja no papel do poder executivo, seja como poder de sanção".

572 TOURAINE, Alain. *O que é a democracia ?*, cit., p. 63.

vida social[573].

A relativa separação entre a sociedade civil e o Estado – mediada pela esfera política – busca assegurar a própria *ratio* do sistema representativo, que é permitir o controle do Estado pela sociedade, e não o inverso. Isso pressupõe um compromisso com a *autonomia* das pessoas: é porque elas são capazes de refletir e tomar decisões por conta própria que, em lugar de instituir um regime de tutela estatal das liberdades, se constrói, ao inverso, um sistema de controle do Estado por parte de cidadãos livres[574]. Longe de temer o (inevitável) pluralismo, a democracia pretende unir pessoas diferentes em um projeto comum. A ideia é que os cidadãos – quem quer que sejam – contribuam para esse projeto, oferecendo ideias e opiniões. Como não impõe verdades absolutas, vontades gerais ou interesses objetivos, o ideal de autogoverno precisa tomar os indivíduos como são. Deixar que os representantes definam as pessoas, em vez do contrário, é supor que eles saberiam melhor do que estas o que é certo ou bom e, em um contexto de igualdade, não há fundamento razoável para uma afirmação como essa. Superados os absolutos transcendentes, as hierarquias naturais e a própria soberania, inexiste justificativa para eliminar o espaço privado em nome de um suposto interesse público, heterônoma ou objetivamente definido.

Isso impõe uma série de exigências não só quanto à deliberação coletiva em si – encartada na *autonomia pública* dos cidadãos e materializada no direito de participação –, como também a respeito de sua *autonomia privada*, refletida, em geral, nos direitos fundamentais. "A igualdade, para ser democrática, deve significar o direito de cada um escolher e governar a sua própria existência, o direito à individuação contra todas as pressões que se exercem a favor da 'moralização' e da normalização"[575]. Como é na interação entre o espaço público e o privado que as pessoas constroem suas identidades, o avanço do Estado sobre a individualidade, a pretexto de ampliar a democracia, acaba por aniquilá-la. E "o preço da liberdade não pode ser a renúncia à identidade"[576]. Em outras palavras: a democracia não só convive com os direitos fundamentais, como os pressupõe, exige e reforça.

Dessa forma, como destacado em outro contexto[577], não se pode tratar o procedimento democrático como um ritual mágico de legitimação. É necessário superar os mitos e as fantasias

---

[573] *Ibid.*, p. 164.

[574] Diferentemente do que se passa com a *participação popular*, o *controle social* pressupõe (e reafirma) a distinção entre a pessoa privada e o Estado, na medida em que a primeira *exige* que o segundo observe seu campo legítimo de atuação. V. BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre "controle social do poder" e "participação popular", cit., p. 84.

[575] TOURAINE, Alain. *Op. cit.*, p. 25.

[576] TOURAINE, Alain. *O que é a democracia ?*, cit., p. 206.

[577] MAGALHÃES PIRES, Thiago. Democracia: da fantasia à representação, cit.

que costumam acompanhá-lo e que envolvem, *e.g.*, a afirmação da "vontade popular" – como se o Estado, ao decidir, "encontrasse" ou "refinasse" a "vontade geral" ou o "interesse público" em meio à pluralidade de opiniões existentes na sociedade. O que há é a imputação a toda a coletividade de uma decisão que, em verdade, foi tomada por algumas pessoas. Por isso, deve-se lidar com o processo legislativo com grande deferência, mas não como se tivesse um valor absoluto. A definição das instituições mais ou menos habilitadas para atuar em determinados contextos é, em alguma medida, conjuntural ou, no mínimo, dependente de inúmeras variáveis culturais e políticas[578]. No Brasil e em diversos outros países, tem prevalecido um modelo em que diversos atores dialogam, dentro e fora do Estado, sobre a interpretação da Constituição. Longe de afrontar o ideal democrático, isso apenas o promove, na medida em que reitera que não há agente ou instituição que detenha a última palavra; tudo é contestável e passível de revisão, observados os limites mínimos decorrentes da igual dignidade de todos.

Além disso, a conexão entre a esfera política e a sociedade civil não pode se limitar ao voto nas eleições. É preciso que se apresente também no *conteúdo* da atuação dos representantes. Mesmo que não concordem com uma decisão específica, as pessoas precisam se reconhecer nela de alguma forma. Para isso, as instituições devem atender à exigência de tratar a todos como sujeitos – o que envolve vê-los como indivíduos que podem sustentar razões para justificar condutas e, simetricamente, em relação aos quais os demais precisam "assumir responsabilidade", oferecendo razões para o que fazem[579]. O exercício de poder, portanto, não se legitima só pelo voto, mas também por *razões*, de forma *discursiva*[580].

Em suma: o fato de uma decisão ser tomada pelo grupo majoritário dos representantes do povo não faz dela uma expressão definitiva de verdade ou justiça. A democracia não pertence a ninguém – nem à maioria, que não pode sequestrá-la em seu benefício próprio. A legitimidade que o procedimento atribui às decisões tomadas com base nele depende do respeito aos seus pressupostos. Dentre eles se inclui o reconhecimento das instituições políticas como domínio comum de todas as pessoas, iguais em sua diversidade. É preciso manter o consenso básico que permite a superação do agonismo pelo antagonismo e viabiliza o debate pacífico dos conflitos

---

[578] Uma vez que não há "solução universalmente melhor, soluções específicas precisam ser adaptadas às condições e experiências históricas, à cultura política e às instituições políticas concretas de um país em particular" (DAHL, Robert A. *A democracia e seus críticos*, cit., p. 305). Destacando que a tensão entre as "gramáticas" dos direitos e do autogoverno nunca pode ser eliminada, mas apenas "negociadas de diferentes maneiras", v. MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia, cit. p. 16.

[579] FORST, Rainer. *Contextos da justiça*, cit., p. 304.

[580] BARROSO Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2015, p. 25.

sociais.

Tudo isso tem implicações diretas no debate sobre a religião. Afasta-se, em particular, qualquer tentativa de reinstituir o princípio *cuius regio, eius religio* sob a chancela da maioria ou do princípio democrático. Ademais, é incabível o recurso a qualquer argumento genérico de autoridade – *e.g.*, "a liberdade religiosa cede diante do interesse público"[581]. Não é a pessoa que deve rogar ao Estado, como um favor, a chance de praticar sua crença; cabe ao Poder Público o ônus de demonstrar por que não considera viável admitir naquelas condições o exercício da liberdade religiosa[582]. O reconhecimento desta como um direito fundamental é incompatível com a ideia de que sua fruição depende de uma concessão soberana – ainda que veiculada por lei formal, aprovada pelos órgãos democráticos[583].

3.6 **Constituição e religião**

[581] Um exemplo dessa postura pode ser encontrada na decisão do TSE, que diante da coincidência das eleições com o *Yom Kippur*, feriado religioso judaico, afirmou que "[o] interesse público inerente ao processo eleitoral se sobrepõe ao interesse de grupo religioso", embora tenha autorizado a "formulação de requerimento de dispensa do serviço eleitoral diretamente ao juízo eleitoral competente, que procederá à análise do caso concreto, na forma da Lei" (TSE, *DJ* 22 set. 2006, Resolução nº 22.411, Pet 2.058 – São Paulo/SP, Rel. Min. José Delgado). Uma manifestação mais antiga, na mesma linha, foi o voto proferido na Rp 1.371/DF pelo Min. Moreira Alves do Supremo Tribunal Federal. A representação foi proposta por um cidadão judeu e tinha como objeto o art. 144 do Código Eleitoral, que fixa entre as 8h e as 17h o horário de votação – como as eleições de 1986 ocorreriam em um sábado, seria inviável comparecer em tempo ao local de votação para as pessoas que, como os judeus, guardavam esse dia como sabático. Ao acompanhar o relator, indeferindo a liminar, o Min. Moreira Alves afirmou que lhe bastava "o fundamento de que, entre o interesse individual dos seguidores da seita religiosa que suscitou a representação e o interesse coletivo, este seria evidentemente, perturbado com a concessão liminar, pois teríamos de mudar, na ante véspera das eleições, o horário para a coleta de votos em todas as circunscrições eleitorais do Brasil" (STF, *DJ* 10 jun. 1988, Rp 1.371/DF, Rel. Min. Rafael Mayer; trecho do voto do Min. Moreira Alves).

[582] Foi o que decidiu a Suprema Corte do Canadá em um caso bastante interessante (*Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48). Uma congregação de testemunhas de Jeová pretendia adquirir um terreno para construir um espaço de culto, mas os imóveis disponíveis se situavam em áreas onde os regulamentos urbanos impediam a construção de templos. Diante disso, o grupo solicitou às autoridades locais uma mudança do zoneamento, mas teve seu pedido negado duas vezes, sem que qualquer justificativa fosse oferecida. A Suprema Corte decidiu que as autoridades municipais não teriam observado as exigências de justiça procedimental ao deixar de motivar o indeferimento dos pedidos. Para a Corte, aliada a outros pontos, a importância do terreno para os envolvidos, como um meio para o exercício da sua liberdade religiosa, um direito fundamental, impunha às autoridades locais o dever de considerar seriamente o seu requerimento e fundamentar uma eventual recusa.

[583] Essa é provavelmente a maior crítica que merece a decisão da Suprema Corte dos EUA em *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990). O acórdão afirma basicamente que cabe ao legislador definir se, e em que medida, prestigiará a liberdade religiosa ao criminalizar uma conduta. A ideia é que o Estado não poderia vedar um comportamento exclusivamente religioso; mas, se este pudesse ser realizado com outros fins (*e.g.*, uso de entorpecentes, que pode ou não estar associado a uma prática religiosa), a proibição seria neutra do ponto de vista religioso e, por isso, irrelevante do ponto de vista constitucional. No entanto, como afirma Dieter Grimm – sem se referir expressamente a esse precedente – "o fato de a liberdade de religião ser um direito fundamental constitucionalmente garantido exclui uma aplicação incondicional das leis gerais" (GRIMM, Dieter. Conflicts between general laws and religious norms, cit., p. 2378).

A Constituição é um elemento central do debate atual sobre a justiça política – e, em particular, sobre o espaço das religiões em uma sociedade plural. O Estado constitucional corresponde ao grau máximo de despersonalização do poder, na medida em que a autoridade política suprema é deslocada, de pessoas de carne e osso, para um documento que se pretende duradouro (ainda que não eterno). Além disso, ela se lança acima de todo exercício de poder para fundar a unidade da sociedade política, não mais sobre a submissão acrítica de todos à vontade de alguém em particular, mas sobre *normas compartilhadas*.

O Estado constitucional está apto, assim, a atender aos pressupostos básicos da ideia de justiça política, já que é dotado de uma pauta normativa objetiva que permite a aferição da legitimidade do exercício do poder político. Ocorre, porém, que a Constituição não surge *ex nihilo*, nem é um dado da natureza. Ela não está *acima* da ordem jurídica, mas a integra, ainda que em posição sobranceira, e, por isso, não deixa de ser produto de uma decisão política – que, como qualquer outra, também se submete à crítica moral. Como visto, isso se traduz na exigência de *imparcialidade*. A justiça política não se satisfaz com qualquer Constituição; é preciso que ela mesma seja *legítima* para que possa *legitimar* o restante do ordenamento (*i.e.*, do exercício de poder). As razões subjacentes a essa ideia e suas decorrências estão associadas a dois aspectos principais: **(i)** o papel da Constituição na relação entre os sistemas jurídico e político; e **(ii)** sua posição como elemento que confere unidade política a um conjunto plural de cidadãos.

Inicie-se pelo *primeiro* ponto. É a Constituição moderna que completa a jornada no sentido da autonomia do sistema jurídico. Para seguir no curso iniciado acima, é ela que traça e controla a fronteira entre direito e política. Definida como *acoplamento estrutural* entre os sistemas jurídico e político, ela permite prestações recíprocas, bem como interpenetração. A relação entre os sistemas, portanto, deixa de ser hierárquica; a Carta garante a autonomia dos dois, ao mesmo tempo em que "filtra" as ingerências de um sobre o outro[584].

A autonomia do sistema jurídico é incompatível com a imposição do conteúdo do direito por outros sistemas. Como não é mais parte de um sistema ético totalizante, o direito precisa encontrar em si próprio uma forma de responder à hipercomplexidade do ambiente social. Esse é o papel da Constituição em sentido moderno: sem ela, abre-se a perspectiva de uma legislação ilimitada, expressão da manipulação política do direito (*i.e.*, da sua submissão ao sistema político). Para cumprir sua função, a Carta precisa diferenciar-se *dentro* do direito (*i.e.*, em

[584] NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, cit., p. 65-68.

relação às normas infraconstitucionais)[585]. Só assim ela poderá presidir a capacidade de aprendizado do direito positivo, definindo "como e até que ponto o sistema jurídico pode reciclar-se sem perder sua autonomia operacional"[586]. Mas essa relação não é unilateral, como a ideia de acoplamento estrutural bem sugere – ao contrário, por meio do processo de reforma constitucional e da interpretação levada a efeito pelos Poderes constituídos (principalmente do legislador e da jurisdição constitucional), há uma mistura entre criação e aplicação do direito constitucional que gera uma interferência da política sobre o sentido da Carta[587].

Pela perspectiva da teoria dos sistemas, tal como exposta por Marcelo Neves, essas considerações levam ao "princípio da não-identificação": sendo subsistema de uma sociedade hipercomplexa, a Constituição precisa ser aberta a ponto de permitir que o direito produza "uma complexidade interna adequada ao seu ambiente hipercomplexo". Isso impede uma identificação da Carta com "concepções abrangentes (*totais*) de caráter religioso, moral, filosófico ou ideológico"[588]. Assim, a institucionalização dos direitos fundamentais e do Estado de bem-estar é vista como uma função social da Carta, e a regulação constitucional do procedimento eleitoral, como uma prestação do direito perante o sistema político:

> Mediante a institucionalização dos diretos fundamentais, a Constituição reconhece a supercomplexidade da sociedade, a dissolução de critérios de orientação das expectativas relativos à totalidade do social e, portanto, a inexistência de um sistema social supremo. [...] na hipótese de "Constituição" identificada com concepções totalitárias, por serem excluídos ou deturpados os direitos fundamentais, não se consideram a pluralidade e a contingência das expectativas, produzindo-se, portanto, uma desdiferenciação inadequada à complexidade da sociedade contemporânea. [...]
>
> As disposições constitucionais referentes ao sufrágio universal, igual e secreto têm por objetivo assegurar a independência do eleitor em relação a seus outros papéis sociais e, dessa maneira, imunizar o procedimento eleitoral contra diferenças de *status* e opinião. [...] a eleição democrática atua como apoio descarregante para o sistema político, na medida em que "deve ser delegada" a este "a plena responsabilidade pelo direito" na sociedade moderna. A "generalização do apoio político" que decorre do procedimento eleitoral constitucionalmente regulado serve, por conseguinte, à diferenciação do sistema político, funcionando como empecilho à sua manipulação por interesses particularistas. Sem eleições democráticas ou um equivalente funcional, parece impossível, na sociedade complexa de hoje, que os sistemas político e jurídico não se identifiquem excludentemente com concepções ideológicas abrangentes ou interesses de grupos privilegiados. A falta de eleições democráticas conduz, nas condições atuais, à identificação do "Estado" com determinados grupos e, com isso, à desdiferenciação do sistema jurídico, inadequada à complexidade da conexão de comunicações, expectativas e interesses constitutivos das sociedade[589].

---

[585] NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, cit., pp. 69-70.

[586] *Ibid.*, p. 71.

[587] *Ibid.*, p. 72.

[588] *Ibid.*, pp. 72-74.

[589] Aludindo ao caso do Brasil, o próprio autor registra que não basta a previsão do procedimento, sendo preciso, ainda, que este seja acompanhado dos "pressupostos sociais" que evitem a sua deformação na prática (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, cit., p. 80).

Isto é: os direitos fundamentais correspondem ao acolhimento, pela Constituição, da complexidade existente no meio social, enquanto o procedimento democrático existe para evitar a apropriação do Estado (e do direito) por grupos determinados. Em ambos os casos, está em causa a autonomia do sistema jurídico e sua diferenciação, principalmente em relação à política. Essas ideias se alinham à perspectiva valorativa exposta acima a partir da centralidade da pessoa, mas agregam a ela um elemento funcional importante: a Constituição moderna sequer pode ser o que pretende se não incorporar a complexidade social, evitando sua identificação com visões de mundo totalizantes e a submissão do sistema jurídico a outros subsistemas sociais[590].

É mais que evidente a pertinência dessas considerações para o debate acerca da religião. Enquanto a liberdade religiosa se apresenta como um direito fundamental clássico – tipicamente associado ao pluralismo social –, a não-identificação remete à laicidade, igualmente relevante para os fins deste estudo.

Para além da teoria dos sistemas, essas conclusões são confirmadas, ainda, por outros fundamentos, de índole (mais) claramente normativa. Assume particular relevância aqui a compreensão da Constituição como *sede da unidade política*, já insinuada linhas acima – e este é o *segundo* ponto a ser destacado. Como o direito em geral, as normas constitucionais costumam ser vistas como *limites à conduta humana:* para garantir a coexistência pacífica de pessoas com capacidades ilimitadas de ação, estabelecem-se fronteiras ao comportamento de cada um. Neste contexto, discutir a legitimidade do direito (entre pessoas dignas de igual respeito e consideração) é exigir que este as trate de forma imparcial e, especialmente, que conceda a todos, de forma geral, um conjunto igual de direitos e deveres[591].

No entanto, isso deixa de lado o *caráter constitutivo do direito constitucional:* "antes de tudo, as constituições empoderam: estabelecem instituições que permitem que as pessoas cooperem e se coordenem para perseguir projetos que não poderiam desenvolver sozinhas"[592]. Assim, longe de só limitarem negativamente a conduta humana, as normas constitucionais servem também para *aumentar* a capacidade de ação dos indivíduos[593] – afinal, "limites não

---

[590] Há um componente normativo inerente a esse papel da Constituição moderna: é porque se acredita que ela *deve ser* o ponto de fechamento do sistema jurídico e que este *deve ser* autônomo que se torna importante garantir que isso efetivamente ocorra.

[591] Por simplificação, omitiu-se a exigência de compensação jurídica das desigualdades fáticas.

[592] WALDRON, Jeremy. Constitutionalism: a skeptical view. In: *Political political theory:* essays on institutions. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 34.

[593] Como as demais normas, as de natureza constitutiva estabilizam expectativas ao atribuir significados e efeitos a determinadas condutas. Contudo, e diferentemente das chamadas normas reguladoras, as constitutivas não incidem sobre comportamentos pré-existentes, para vedá-los, permiti-los ou os impor, mas, em vez disso, fazem com que uma

necessariamente enfraquecem; eles também podem fortalecer"[594]. Juntas, as pessoas podem mais. Mas o poder que decorre do seu agir em conjunto precisa ser canalizado para operar de forma ordenada. Do contrário, a ilimitada capacidade de ação de cada um levaria a uma dispersão caótica de energia. Essa canalização é feita por um quadro institucional – um conjunto de normas – que distribui papéis e estabiliza expectativas de comportamento. O ponto já foi observado acima, quando se tratou das instituições em geral, em uma perspectiva sociológica. Mas convém desenvolvê-lo um pouco mais, agora à luz das considerações valorativas desenvolvidas nos itens anteriores.

Para que uma sequência de atos isolados se transforme em um processo, dirigido a uma finalidade esperada, é preciso que todos os envolvidos lhes atribuam certos significados, reconhecendo-os como elos de uma cadeia. É o que explica que um mesmo ato, em contextos variados, tenha efeitos diversos: "permanecer sentado", via de regra, é algo irrelevante, mas no processo simbólico de votação parlamentar, corresponde a um "sim", uma explícita tomada de posição[595]. Isso exige que as pessoas compartilhem uma linguagem comum, nos termos da qual todos possam entender os demais e agir de forma que outros os compreendam.

Dessa forma, falar em Estado ou sociedade política demanda que as pessoas reconheçam a si mesmas e às outras como situadas dentro de um contexto inconstitucional em que uns, agindo de certa forma, geram decisões imputadas a todos[596]. Isto é: a unidade política só é possível se os indivíduos a enxergarem dessa forma – o que, por sua vez, depende da existência de normas constitutivas que deem sentido e unidade à atuação das instituições políticas[597]. É nesse sentido que se diz que toda sociedade política tem uma constituição. Seu objetivo principal não é enquadrar o comportamento humano em um padrão de lícito/ilícito, mas fornecer os meios – as instituições e a linguagem – que permitam a atuação conjunta e coordenada das pessoas[598].

---

conduta seja viável pela primeira vez. Os exemplos mais óbvios são dados pelas regras gramaticais – que tornam possível a comunicação – e pelas regras de um jogo – *e.g.*, é só mediante uma referência a elas que o fato de alguém passar uma pedra sobre a outra, no jogo de damas, torna obrigatório retirar a segunda do tabuleiro (HOLMES, Stephen. *Passions and constraint*, cit., p. 163; TROPER, Michel Obedience and obligation in the *Rechsstaat*. In: MARAVALL, José María; PRZEWOSKI, Adam (Eds.). *Democracy and the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, p. 102).

[594] HOLMES, Stephen. *Passions and constraint*, cit., p. 163.

[595] V., *e.g.*, o art. 185 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

[596] Essa, como visto acima, é a definição de Giovanni Sartori (*Elementos de teoría política*, cit., p. 321) das *decisões coletivizadas*.

[597] O'DONNELL, Guillermo. Delegative democracy, cit., pp. 57-59.

[598] O poder é inerente a toda coletividade política, por se tratar da "capacidade humana [...] de agir de comum acordo"; ele "pertence a um grupo e existe somente enquanto o grupo se conserva unido" (ARENDT, Hannah. Da violência. In: *Crises da república*. 3. ed. José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 2013 (Debates; 85 / dirigida por J. Guinsburg) p. 123). Como o elemento nuclear da política é a ação humana e esta, por definição, é imprevisível, sendo igualmente

Mas, como visto, não basta qualquer constituição. Também neste contexto, uma Carta justa deve incorporar as exigências decorrentes da dignidade humana – em especial, a igualdade entre pessoas muito diferentes entre si. O desafio está em dar atenção às duas pontas: isonomia e pluralismo. Para que indivíduos concretamente diversos se enxerguem como iguais na ordem constitucional, é preciso que ela transcenda o pluralismo, acolhendo a todos de forma imparcial. Não é o caso de substituir a diversidade pela unidade de uma opinião magicamente atribuída à coletividade, como fazia a doutrina da soberania, transformando a constituição no produto da vontade de alguém. Assim compreendida, ela é a *obra* de um fabricante que, por sua condição transcendente, só poderia ser um deus.

Como explica Hannah Arendt[599], está na própria ação humana o remédio para esse problema: através de *promessas*, pessoas que são, em tese, capazes de tudo, criam "ilhas de segurança" que tornam contínuas e duráveis as instituições humanas[600]. O preço que se paga pela liberdade e pelo pluralismo é que ninguém pode garantir hoje o que será amanhã, nem se portar como senhor absoluto de tudo o que faz. Mas, ao fazer e cumprir promessas, as pessoas dominam essas dificuldades, sem recair, com isso, em uma ideia de "supremacia baseada na dominação do si-mesmo e no governo dos outros" – mas, ao contrário, em uma liberdade em condição de não-soberania[601]. É impossível exagerar a importância desse ponto: somente a força das promessas mútuas pode manter unidas pessoas livres. Como compromisso universal que cada cidadão faz a todos os outros, transcendendo até a transitoriedade da política ordinária, a Constituição existe para cumprir esse papel. Destaca a autora[602]:

> No governo constitucional, as leis positivas destinam-se a erigir fronteiras e a estabelecer canais de comunicação entre os homens, cuja comunidade é continuamente posta em perigo pelos novos homens que nela nascem. A cada nascimento, um novo começo surge para o mundo, um novo

impossível antecipar todas as suas possíveis repercussões e consequências, o surgimento do poder supõe o entendimento entre as pessoas; a multiplicação da energia popular se dispersa e torna-se destrutiva, quando feita de forma desordenada. Ela só se transforma em poder em um contexto de reciprocidade e mutualidade – i.e., de promessas, pactos e compromissos (ARENDT, Hannah. *A condição humana*, cit., especialmente pp. 219-259).

[599] Tenho recorrido amplamente às obras de Hannah Arendt, apesar de suas ideias terem pouca ressonância na doutrina do Direito Constitucional no Brasil. Por isso, foi com felicidade que descobri, no curso do trabalho, que minha interpretação do impressionante conjunto de *insights* da autora correspondia à leitura que um grande autor fez a respeito de suas obras – v. WALDRON, Jeremy. The constitutional politics of Hannah Arendt. In: *Political political theory:* essays on institutions. Cambridge: Harvard University Press, 2016, pp. 290-307.

[600] ARENDT, Hannah. *A condição humana*, cit., p. 295.

[601] Essa afirmação parece vir ao encontro da doutrina de Montesquieu, que distingue a *liberdade*, constrangida pelas leis, da *independência*, ilimitada: "a liberdade política não consiste em se fazer aquilo que se quer. [...] A liberdade é o direito de se fazer aquilo que as leis permitem; e, se um cidadão pudesse fazer aquilo que as leis proíbem, ele já não teria mais liberdade, porque os outros teriam também o mesmo poder" (MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. Do espírito das leis, cit., v. 1, p. 189 (Livro XI, Cap. III)).

[602] ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*, cit., p. 619.

> mundo em potencial passa a existir. A estabilidade das leis corresponde ao constante movimento de todas as coisas humanas, um movimento que jamais pode cessar enquanto os homens nasçam e morram. As leis circunscrevem cada novo começo e, ao mesmo tempo, asseguram a sua liberdade de movimento, a potencialidade de algo inteiramente novo e imprevisível; os limites das leis positivas são para a existência política do homem o que a memória é para a sua existência histórica: garantem a preexistência de um mundo comum, a realidade de certa continuidade que transcende a duração individual de cada geração, absorve todas as novas origens e delas se alimenta.

Quando a lei formal já não é mais garantia de estabilidade, mas instrumento de governo, essa função cabe à Constituição[603]. A ideia da inclusão opera diretamente nesta sede: uma Carta justa é a que, veiculando promessas que todos fazem a todos, constrói um mundo comum onde cidadãos muito diferentes, sem abrirem mão de sua identidade, se reconhecem como iguais[604]. A unidade política se forma pela submissão de todos à mesma Constituição[605] – *i.e.*, com a assunção geral desses compromissos recíprocos –, de forma que a sociedade política não se torna una por sufocar a divergência, promover a uniformização do pensamento ou impor uma hierarquia entre soberano e governados; mas por reconhecer a autonomia do agir humano. Afinal, apenas pessoas livres se comprometem entre si. A Carta, assim, cria canais para a atuação conjunta dos cidadãos e gera *poder*. Ela impõe limites que, ao buscar impedir a dominação do homem pelo homem, incrementam a liberdade de todos[606].

---

[603] Se for necessário recorrer a uma teologia política para sustentar o ponto, talvez a mais próxima seja a de Locke. O grande passo promovido pelo filósofo foi tornar o soberano uma parte do pacto social: embora reconhecesse ao legislador uma explícita supremacia, para ele, "a comunidade conserva perpetuamente o poder supremo de se salvaguardar dos propósitos e atentados de quem quer que seja, mesmo dos legisladores" V. LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. Tradução de E. Jacy Monteiro. In: *Ensaio acerca do entendimento humano. Segundo tratado sobre o governo.* 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991 (Os pensadores; 9), p. 275 (Cap. XIII, nº 149). Sendo o próprio Locke bastante religioso, não surpreende que a inclusão do soberano no pacto encontre um paralelo no paradigma bíblico da "aliança" (LOUGHLIN, Martin. *Sword and scales*: an examination of the relationship between law and politics. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2000, p. 170). Se mesmo o Deus onipotente pôde limitar a sua ação por meio de uma aliança firmada com o seu povo, por que o legislador soberano – construído à sua imagem e semelhança – não poderia fazê-lo (HOLMES, Stephen. *Passions and constraint*, cit., pp. 150-2)?

[604] Como explica Adriano Correia, "Arendt jamais supôs que fôssemos capazes de dirimir disputas práticas por meios puramente racionais, ou que a razão pudesse nos redimir da pluralidade. [...] A pluralidade, como condição prévia e razão de ser da ação, é constitutiva da vida política, para Arendt. [...] Os contratos ou acordos são necessários porque não há via alternativa aos compromissos mútuos para o estabelecimento de propósitos comuns que tornam possível a ação em concerto que engendra o poder" (CORREIA, Adriano. *Hannah Arendt e a modernidade:* política, economia e a disputa por uma fronteira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, pp. 170-172).

[605] BRITTO, Carlos Ayres. Quem governa quem governa?, *Zero Hora* 10 mar. 2013. Disponível em: <http://wp.clicrbs.com.br/opiniaozh/2013/03/10/artigo-quem-governa-quem-governa/>. Acesso em: 14 dez. 2016: "A Constituição é o mais estrutural, o mais abrangente e o mais permanente projeto de vida nacional. Para além de se traduzir na Lei Fundamental do Estado e de todo o povo brasileiro, ela é a Lei Fundamental da própria nação igualmente brasileira. Sabido que a nação, por ser a linha invisível que faz a costura da unidade entre o passado, o presente e o futuro, é instituição que tanto engloba o povo de hoje como o povo de ontem e o povo de amanhã".

[606] WALDRON, Jeremy. The constitutional politics of Hannah Arendt, cit., p. 303.

Qual é a importância disso? Ainda que os cidadãos discordem acerca dos rumos da política ordinária ou da interpretação do direito, uma Constituição inclusiva permanece sendo uma referência de unidade, expressão de reconhecimento igualitário e fonte de argumentos que permite manter o debate político e moral *dentro* da ordem institucional. Para usar os termos de Chantal Mouffe, ela fornece o consenso mínimo necessário para evitar que uma disputa *agonística* entre *adversários* se torne um *antagonismo* destrutivo e violento entre *inimigos*. Enquanto todos se sentirem seguros quanto às promessas comuns, ainda será possível dialogar e construir algo em conjunto.

Os valores da igualdade e da liberdade têm um evidente fundamento moral, mas – como visto – são traduzidos politicamente pelo direito (constitucional), na construção de procedimentos, instituições e direitos subjetivos. Cabe à Constituição, portanto, fornecer o ambiente em que indivíduos diferentes, assumindo o papel de cidadãos, possam se reconhecer como iguais, vendo uns nos outros – e se vendo pelo olhar dos outros – como seres capazes de se distinguir pelo que dizem e fazem[607]. Dito de outra forma, a ordem constitucional democrática procura acolher as diferenças e direcioná-las para a participação paritária no exercício do poder político[608]. Por isso, todos os cidadãos, por serem reconhecidos por ela, podem também se reconhecer nela[609].

As pessoas se integram, assim, a uma coletividade que as trata como iguais na sua diversidade: **(i)** oferecendo-lhes iguais oportunidades de participação; **(ii)** considerando-as como merecedoras de igual respeito e consideração; e **(iii)** tratando-as como sujeitos capazes de refletir e

---

[607] ARENDT, Hannah. *A condição humana*, cit., p. 219 e ss.

[608] RIBEIRO, Renato Janine. O deus mortal. *Filosofia*, n. 77, 2013. Disponível em: <http://filosofiacienciaevida.uol.com.br/ESFI/Edicoes/77/artigo277558-1.asp>. Acesso em: 28 out. 2016: "Foi aqui que Hobbes perdeu a aposta histórica. Locke, os liberais e depois os democratas conseguiram imaginar e fazer funcionar um Estado que não precisa de coesão para viver e, mesmo, crescer. Procuramos fazer que os conflitos sejam administráveis. Eleições permitem voltar por um momento a um estado em que tudo parece possível – e por isso mesmo causam certo medo, à direita que teme um demagogo ou à esquerda que teme a truculência com os movimentos sociais –, mas, se a campanha parece guerra tal o nível de agressão que vimos estes últimos meses, a hora em que depositamos o voto na urna é pacífica. Resolvemos a guerra, que não houve, no voto. É um avanço civilizatório. Poder mudar o governo sem trair a pátria e sem correr o risco de ser enforcado é uma conquista bem recente".

[609] ZARKA, Yves Charles. *Difícil tolerância*, cit., p. 67. A semelhança disso com as ideias de Kant e Rousseau é mais do que mera coincidência. Com efeito, a *volonté générale* de Rousseau é concebida como expressão do que une as pessoas – a "soma das diferenças" entre as vontades particulares dos cidadãos (ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social, cit., p. 47) –, embora sua transformação em resultado da deliberação majoritária lance sombras sobre isso. Por sua vez, o *imperativo categórico* kantiano procura também estabelecer uma fórmula de justiça que seja absoluta porque universal. Como a correção moral de uma conduta não pode depender das preferências e inclinações de alguém – que são contingentes e só servem para distinguir o que agrada do que desagrada, não o certo do errado –, a definição do comportamento correto só pode ser incondicionada, associada apenas à exigência de *universalidade:* "age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal" (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*, cit., p. 51). É esse o ponto de vista a ser adotado para lidar com questões morais. "Uma norma só é justa, quando todos podem querer que ela seja seguida por qualquer pessoa em situações semelhantes" (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*: entre facticidade e validade, cit., v. 1, pp. 202-203).

tomar decisões por conta própria[610]. A unidade se constrói sobre as diferenças, e não em detrimento delas. Isso remete ao *princípio liberal de legitimidade*, definido por John Rawls[611]: o exercício de poder coercitivo só se justifica quando fundado em "uma constituição cujos elementos essenciais se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos endossem, à luz de princípios e ideais aceitáveis para eles, enquanto razoáveis e racionais"[612]. Em uma palavra: como adiantado, o que se exige é *imparcialidade* – a única medida passível de universalização.

Antes de concluir o ponto, é preciso fazer duas observações. Em *primeiro* lugar, a ênfase em uma Constituição justa não conduz à conclusão de que a Carta positiva seria, afinal, supérflua ou irrelevante. A despeito da relação que existe entre eles, direito e moral não se confundem, nem podem ser extraídos, um do outro, por simples derivação. A solidez do direito é ainda mais importante em relação à Constituição, que preside o debate político como um todo, definindo os canais pelos quais até as mudanças podem ser processadas[613]. Embora não seja suficiente, o respeito à Constituição positiva é um elemento fundamental da democracia. E foi apenas isso o que se quis destacar: é preciso que ela seja minimamente justa, mas, cumprido esse requisito, a obediência será devida, ainda que se discorde de uma ou outra de suas disposições ou de algumas decisões tomadas pelas instituições que ela prevê.

Em *segundo* lugar, é importante não esquecer que a Constituição não se resume ao seu texto; como qualquer instituição, ela só existe na exata medida em que incorporada à conduta e às expectativas de comportamento das pessoas[614]. Isso torna inviável uma distinção radical

---

[610] Isso traduz a concepção de *democracia comunal*, defendida por Ronald Dworkin (Equality, democracy, and Constitution: We the People in Court. *Alberta Law Review*, v. 28, n. 2, 1990, pp. 337-342), que envolve os três elementos acima, identificados por ele como os princípios da participação, do interesse (*stake*) e da independência.

[611] RAWLS, John. *O liberalismo político*, cit., p. 266.

[612] *Ibid.*, p. 266. Para John Rawls, *racionalidade* e *razoabilidade* são noções diferentes, mas complementares (*Ibid.*, p. 93): "o razoável é um elemento da ideia de sociedade como um sistema de cooperação equitativa, e, que seus termos equitativos sejam razoáveis à aceitação de todos, faz parte da ideia de reciprocidade". Já "o racional aplica-se à forma pela qual [os] fins e interesses [de alguém] são adotados e promovidos, bem como à forma segundo a qual são priorizados. Aplica-se também à escolha dos meios e, nesse caso, é guiado pelos princípios conhecidos, como adotar os meios mais eficientes para os fins em questão ou selecionar a alternativa mais provável, permanecendo constantes as demais condições" (*Ibid.*, p. 94). Dessa forma, razoabilidade e racionalidade são faculdades morais distintas: enquanto a primeira se relaciona à capacidade de ter um senso de justiça, a segunda diz respeito à capacidade de ter uma concepção de bem.

[613] É precisamente por isso que as constituições, diferentemente do direito ordinário, existem para perdurar. Como aponta Tom Ginsburg, "sem essa permanência, as constituições não podem oferecer uma base estável de política e não podem constituir um povo a partir de elementos diversos. A presunção de permanência está, portanto, incorporada à própria ideia de uma constituição" (GINSBURG, Tom. Constitutional endurance. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Eds.). *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2011, p. 112).

[614] Convém desenvolver um pouco o ponto. Uma norma não incide diretamente sobre o mundo do ser. "Como a ideia jurídica não pode concretizar-se a si mesma, ela precisa de uma organização e uma forma específica antes de poder se traduzir em realidade" (SCHMITT, Carl. *Political theology*, cit., 1985, p. 28). O dever-ser do direito se comunica ao ser do mundo real valendo-se de um *medium*: o intérprete/aplicador. Somente se pode dizer que uma norma é vinculante se assim for reconhecida por aqueles encarregados de cumpri-la/aplicá-la. Isso não significa

entre os planos constituinte e ordinário: o simples agir cotidiano dos órgãos estatais veicula ou pressupõe interpretações da Carta e, por isso, ao lado da sociedade civil, contribui para expor como ela opera na prática. Ademais, pela posição que ocupam como instituições políticas, eles oferecem *interpretações coletivizadas da Constituição* – decisões sobre a leitura da Carta que são imputadas à sociedade política como um todo. Dessa forma, a promessa incorporada à Constituição deve se traduzir na prática efetiva do Estado e dos cidadãos – até porque "o que conta na promessa, é claro, não é fazê-la, mas cumpri-la"[615].

O efetivo cumprimento da Constituição, espontânea ou coercitivamente, é essencial para reforçar a sua vigência social e reiterar a sua obrigatoriedade, fomentando uma *vontade de Constituição*[616]. A práxis repercute diretamente sobre a lealdade dos cidadãos[617], porque "o poder [o agir conjunto] só é efetivado onde a palavra e o ato não se divorciam"[618]. A vigência da Constituição, portanto, não decorre só dos processos formais de criação de normas constitucionais, mas também da concretização do seu texto[619], abrangendo, para além dos

---

que o aplicador tenha a competência de *escolher* as normas que serão vinculantes, mas apenas que a obrigatoriedade do direito pressupõe a sua inserção em uma comunidade interpretativa que o reconheça como tal (FISS, Owen. Objectivity and interpretation. *Stanford Law Review*, v. 34, pp. 739-763, April 1981, p. 744). Seja como for, nesse paradigma ontológico, *ser* e *práxis* se confundem a um ponto de indistinção (AGAMBEN, Giorgio. *Opus Dei:* arqueologia do ofício (Homo sacer, II, 5). Tradução de Daniel Arruda Nascimento. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 71): a aplicação da norma é, ao mesmo tempo, o meio para que a vinculação ocorra e o efeito dessa mesma vinculação; o aplicador de uma norma só existe enquanto tal quando serve de meio para que o direito atue por ele. No fim das contas, o caráter vinculativo da norma (em tese) depende do seu reconhecimento (*in concreto*) e tudo se resume ao momento em que qualquer destinatário precisa decidir se vai ou não cumprir aquela determinação. A aplicabilidade em tese e a efetiva aplicação do direito não são decorrências ou emanações da norma; é necessária uma decisão no sentido de concretizá-la (ou não) para que isso venha a ocorrer – o que demonstra que a aplicação não é operação *lógica*, mas uma transformação situada no âmbito da *práxis* (AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*, cit., pp. 61-3).

[615] WALDRON, Jeremy. The constitutional politics of Hannah Arendt, cit., p. 303.

[616] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 19: "A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a *vontade de poder* (*Wille zur Macht*), mas também a *vontade de Constituição* (*Wille zur Verfassung*)".

[617] NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, cit., p. 52: "A capacidade do sistema jurídico de regular condutas e sua capacidade de assegurar expectativas normativas encontram-se em relação recíproca. O problema de como estão se comportando as pessoas e a questão da orientação das expectativas de comportamento pressupõem-se e complementam-se mutuamente".

[618] ARENDT, Hannah. *A condição humana*, cit., p. 249.

[619] Interpretando o pensamento de Hannah Arendt, afirma Jeremy Waldron: "A autoridade de uma constituição não é um produto da força ou da violência de seus criadores, ou mesmo da virtude deles ou da perfeição do que criaram. Ela consiste, em verdade, na disposição, por parte de todos os envolvidos, de tratar *esse* evento (a fundação) e *esse* corpo normativo (a constituição), mais do que quaisquer outros atos e propostas que possam surgir de tempos em tempos, como o ponto de partida e ponto de referência para toda a política subsequente" (WALDRON, Jeremy. The constitutional politics of Hannah Arendt, cit., p. 303).

intérpretes "oficiais" do texto, o "público" em geral[620]. Isso exige a progressiva *inclusão* dos segmentos marginalizados da sociedade, a fim de que eles se enxerguem na Constituição, tal como ela é aplicada[621]. É preciso transformar as pessoas em parceiras na empreitada coletiva e isso só pode acontecer se os laços de subordinação e inferiorização forem rompidos, não só no âmbito formal do direito, mas também nos campos econômico e cultural[622].

Em outras palavras: a Carta deve incorporar uma promessa de inclusão universal e sua efetividade – *i.e.*, sua concretização – precisa ser objeto da contínua e permanente atenção das instituições políticas[623]. Naturalmente, o sistema político não se deslegitima só porque alguém considera insuficiente ou equivocada alguma conduta praticada pelo Estado. O que importa é que os agentes públicos tentem, de boa-fé e ao máximo de suas possibilidades, concretizar esse ideal de inclusão. É preciso que reiterem, em seus atos e palavras, a igualdade, como cidadãos, de indivíduos que, concretamente, são únicos e particulares. O que envolve a não-identificação das instituições e da Constituição em particular.

3.7 **Outras implicações jurídico-políticas**

3.7.1 A religião e a distinção entre o "espaço público" e "espaço privado"

É comum traçar uma distinção entre o "jardim", o espaço privado, da vida pessoal; e a "praça", o espaço público, compartilhado com os demais[624]. Essa separação de alguma forma

---

[620] NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*, cit., p. 68.

[621] VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6, n. 4, pp. 28-51, 2007, pp. 42-47. Como explica o autor, isso significa reduzir: (i) a *invisibilidade* dos grupos marginalizados, reagindo moral e politicamente à sua condição de subordinação; (ii) a *demonização* daqueles segmentos vistos como "inimigos" da sociedade (*e.g.*, os detentos), que cria uma "*espiral de violência*", alimentando a crueldade de todos os envolvidos; e (iii) a *imunidade* dos setores privilegiados perante a lei e a impunidade que a acompanha. Trata-se, em suma, de reduzir a desigualdade tanto no plano material como no jurídico, a fim de que as pessoas efetivamente se reconheçam no projeto de país que a Constituição oferece e o levem a sério na sua vida diária.

[622] Sobre o tema, v. FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, v. 70, pp. 101-138, 2007; e *Id.*, Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 167-189.

[623] Esse ponto é sublinhado por WALDRON, Jeremy. Constitutionalism: a skeptical view, cit., p. 37.

[624] SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça:* ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e

se combinou, ao ponto da indistinção, com outra, que diferencia o Estado da sociedade civil – o espaço público se tornou domínio do Estado e o privado, da sociedade civil (família, empresas etc.). Essa imagem evoca um sentimento liberal de desconfiança em relação ao *imperium*, que se, de um lado, associou o Estado ao Leviatã, de outro passou a ver a sociedade civil como o reino da liberdade. Contrariando o pensamento absolutista que demandava poder total para imposição da ordem, concebeu-se uma ordenação espontânea das relações livres na sociedade civil – a mão invisível de Smith e a *catalaxia* de Hayek são exemplos disso. Essa combinação de ideias, porém, é um tanto problemática. Mais uma vez, o pensamento de Hannah Arendt será de particular valia na demonstração do ponto[625].

Embora os gregos antigos extremassem o lar e a ágora, a ligação com a liberdade era exatamente a oposta. O lar era o espaço onde as pessoas viviam juntas por necessidade, para atender às exigências da vida biológica. Como domínio da natureza, o que o marcava era justamente a desigualdade de seus membros, que resultava em uma autoridade natural de uns sobre os outros – do senhor sobre os escravos, dos pais sobre os filhos, e do homem sobre a mulher. O lar era o espaço da vergonha, dos processos fisiológicos que ninguém quer expor. A ágora, ao contrário, era o lugar da abertura e da ampla exposição, da publicidade. Era a negação da natureza; o campo em que os homens, apesar de diferentes, apresentavam-se como iguais. Consequentemente, era o único *locus* onde se podia falar em liberdade, compreendida como não-sujeição, seja às necessidades naturais, seja ao governo de (e sobre) terceiros.

Ainda hoje, a esfera privada não é livre de relações de poder. Há inúmeras autoridades com competências admitidas e reguladas pelo direito estatal, como o poder familiar e o poder diretivo do empregador. Mas existem diversas formas de poder que não decorrem diretamente do direito, respondendo, antes, a diferenças decorrentes de uma cultura de desigualdade e dominação[626]. Um exemplo óbvio disso é a situação das mulheres, que a despeito de inegáveis avanços no que se refere a sua inclusão formal, no século XXI ainda são submetidas a condições de inferioridade e violência – inclusive e principalmente na esfera mais privada de todas: a da família e das relações mais íntimas.

Especificamente quanto à questão religiosa, a divisão entre publicidade e privacidade se

---

histórica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

[625] Os parágrafos seguintes beneficiaram-se de ARENDT, Hannah. *A condição humana*, cit., p. 26 e ss.

[626] As pessoas se desigualam em vários aspectos, da cor dos cabelos aos interesses pessoais, além de se situarem em posições diversas em várias escalas de *status*, construídas socialmente a partir da desigualdade econômica e de padrões culturais de inferiorização. Como aponta WALZER, Michael. *Política e paixão*, cit., p. xi, há mais mobilidade nas sociedades liberais, mas o pertencimento a certas comunidades (culturais, religiosas, nacionais, linguísticas) torna esse movimento mais limitado e previsível do que a doutrina liberal admite.

apresenta problemática, ainda, por outra razão. A ênfase no caráter íntimo das crenças – submetidas à consciência individual – está associada tipicamente ao cristianismo e, de forma mais particular, a certas vertentes protestantes, não podendo ser extrapolada para alcançar a religiosidade como um todo[627]. Há crenças que atribuem um peso significativo às ações, como a caridade e os rituais. Mesmo para os cristãos, a evangelização (*i.e.*, o proselitismo) – que é vista como um aspecto relevante da vida religiosa – faz da propagação da fé e, assim, da sua exposição pública uma atividade importante. Não fosse suficiente, muitas religiões – de que são exemplos o judaísmo, o cristianismo, o Islã e o budismo – incorporam um catálogo de deveres éticos e morais, a serem seguidos pelos fiéis, entre si e para com os demais. O que tudo isso mostra é que, longe de se prender à intimidade das convicções ou das relações mais próximas, a religião muitas vezes tem um aspecto público e intersubjetivo bastante relevante.

Historicamente, a "expulsão" das crenças para o "espaço privado" parece ter decorrido da tomada do "espaço público" pelo Estado, quando da afirmação da soberania. A influência da religião sobre as autoridades civis foi banida, em um primeiro momento, para garantir o poder absoluto dos governantes. Aqui se insere a amoralidade da política de Maquiavel. Mas como isso resultava na dominação também da vida religiosa pelo Estado, a defesa liberal das fronteiras entre este e a sociedade civil serviu para que, em um segundo momento, a religião se refugiasse da interferência estatal no "espaço privado". Contudo, a ideia de uma separação entre Estado e crença esbarra em um fato incontornável: em uma democracia, a sociedade civil e o povo do Estado são conjuntos que tendem a se igualar; são as mesmas pessoas de carne e osso, paixões e opiniões da sociedade civil que tomam as decisões relevantes no Estado. Além disso, não há neutralidade possível para as medidas estatais: há um componente valorativo em toda opção política de obrigar, incentivar, desestimular ou proibir uma conduta; é impossível que seres humanos se desprendam de suas pré-compreensões para tomar decisões. Na medida em que os valores são produzidos por pessoas autônomas em suas relações dentro e fora do Estado, o espaço público não se prende à esfera estatal, alcançando a própria sociedade civil.

Isso remete ao surgimento do "social". De fato, uma das características da socialização é a normalização de comportamentos. A destruição das formas políticas de base familiar (e, depois, estamental) levou, com o tempo, a uma sociedade em que todos são vistos como números e estatísticas – uma sociedade de massa, em que a individualidade desaparece diante do conformismo, de leis impessoais (*e.g.*, da "mão invisível") e da superexposição. É contra isso que se volta a defesa contemporânea da intimidade. Ela se opõe, não só ao Estado, mas à

[627] AMMERMAN, Nancy T. Finding religion in everyday life, cit., p. 190.

vida social como um todo. A eliminação do espaço, oculto aos olhos do público, em que as necessidades da vida biológica eram atendidas submeteu esta última ao crivo dos demais[628].

A expansão do social alcançou também o domínio do público, que deixou de ser o campo da vida política, do cidadão individualizado, e passou a ser um espaço de gestão de vidas biológicas, onde o que está em jogo é sobreviver. Em um mundo movido por processos anônimos de acumulação de riqueza e consumo, para quem vive do trabalho, tudo o que importa é a satisfação das necessidades e dos apetites; enquanto para quem produz, tudo o que existe é meio para a fabricação de produtos que, por sua vez, ou são consumidos ou reingressam, como meios, na cadeia instrumental. Nesse contexto, tudo tem um preço – porque pode ser trocado por outras coisas – e o espaço público é o mercado, e não a ágora.

O que Kant tentou fazer foi retirar as pessoas desse ciclo de meios e fins, atribuindo-lhes a dignidade e uma valia própria. Embora a expressão "fim em si mesmo" ainda remeta ao raciocínio utilitário – voltando-se ao indivíduo como usuário e, assim, degradando o mundo natural e humano que o cerca –, ela já aponta o caminho a ser seguido. A ausência de valores absolutos no mundo é redimida pela ação e pelo discurso[629] – atividades inexoravelmente ligadas à pluralidade, ao estar junto com outros, que produzem histórias significativas, dão sentido ao mundo e geram poder[630]. Se todo ser humano é insubstituível, seu valor está na humanidade em si, que iguala todas as pessoas. Mas não se trata da uniformidade antipolítica de uma massa de trabalhadores e consumidores que perdem sua identidade própria; cuida-se, ao contrário, da igualdade entre desiguais – um atributo tipicamente *político* de pessoas que se encontram *qua* pessoas, e não como mercadores de produtos (ou, pior, como mercadorias).

A ideia do "fim em si mesmo" tem sua perfeita expressão na *atividade* que não tem outro fim além de si própria e cujo desempenho em si é a produção de uma obra (imaterial).

---

[628] Foi diante desse cenário que Warren e Brandeis defenderam a privacidade como um direito a estar só, a ser deixado em paz (*right to be let alone*). V. WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, pp. 193-220, 1890.

[629] Hannah Arendt associa a *ação* ao "fato do nascimento" – ao caráter único de todo indivíduo, de quem "se pode esperar o inesperado", por ser "capaz de realizar o infinitamente improvável"; já o *discurso* "corresponde ao fato da distinção é a efetivação da condição humana da pluralidade, isto é, do viver como um ser distinto e único dentre iguais" (*A condição humana*, cit., p. 223). Em síntese, a ação envolve a possibilidade de dar início a algo, de começar alguma coisa nova, enquanto o discurso é a autorrevelação da pessoa, que se apresenta aos outros, na sua singularidade, ao se expressar.

[630] Para Hannah Arendt, o *poder* – *i.e.*, a "potencialidade no estar junto" – é o que preserva o *domínio público*, o espaço comum onde as pessoas agem juntas porque se enxergam como seres humanos, diferentes recebidos como iguais. O poder se dissipa quando as pessoas se separam, fisicamente ou, de forma institucional, em regimes baseados na tentativa de substituir o poder pela força (tirania) ou pelo vigor (oclocracia). Por isso, não se trata de um atributo ou uma substância, mas sim de uma *relação* – algo que não pode ser exercido por um *contra* os demais (como a força), mas que, ao contrário, "só nasce se e quando os homens se unem com a finalidade de agir". V. ARENDT, Hannah. *A condição humana*, cit., pp. 219-259.

Por meio de ação e discurso, as pessoas, juntas, constroem um mundo compartilhado de códigos, valores e significados, que é atualizado, confirmado e revisto sempre que utilizado. É possível viver sem trabalhar ou sem produzir qualquer coisa de duradouro, mas não há como viver como pessoas, entre as pessoas, sem a ação e o discurso – que nos inserem no mundo dos seres humanos.

> A pluralidade humana, condição básica da ação e do discurso, tem o duplo aspecto da igualdade e da distinção. Se não fossem iguais, os homens não poderiam compreender uns aos outros e os que viveram antes deles, nem fazer planos para o futuro, nem prever as necessidades daqueles que virão depois deles. Se não fossem distintos, sendo cada ser humana distinto de qualquer outro que é, foi ou será, não precisariam do discurso nem da ação para se fazerem compreender. Sinais e sons seriam suficientes para a comunicação imediata de necessidades e carências idênticas.
> [...] Só o homem [...] é capaz de exprimir essa distinção e distinguir-se, e só ele é capaz de comunicar a si próprio e não apenas comunicar alguma coisa [...]. No homem, a alteridade, que ele partilha com tudo o que existe, e a distinção, que ele partilha com tudo o que vive, tornam-se unicidade, e a pluralidade humana é a paradoxal pluralidade de seres únicos.
> O discurso e a ação revelam essa distinção única. Por meio deles, os homens podem distinguir a si próprios, ao invés de permanecerem apenas distintos; a ação e o discurso são os modos pelos quais os seres humanos aparecem uns para os outros, certamente não como objetos físicos, mas *qua* homens.

Disso se extrai que a igualdade moral e política não é obtida à custa da diversidade e do pluralismo, mas, ao revés, o pressupõe. Daí não se retira, contudo, que o espaço da ação e do discurso possa ser dominado pela desigualdade. A dignidade acolhe as pessoas por suas *capacidades morais,* e não por suas opiniões e convicções concretas. Isso tem consequências importantes para a esfera política que, fundada no reconhecimento da igualdade, deve ser presidida pela ideia de *inclusão* e não de uniformidade ou padronização. Não é ser igual ou diferente o que importa, mas a igual potencialidade que cada um tem de ser *único* – o direito de ser diferente em condições de igualdade com os demais.

Diante disso, a afirmação de que a religião se situa no espaço privado ou na sociedade civil deve ser reexaminada. A adesão concreta a uma orientação religiosa, ou a qualquer outra concepção ética ou estética, figura, ao mesmo tempo, no espaço público – como o exercício de uma autonomia garantida pelo direito constitucional – e no espaço privado – na medida em que essa autonomia se traduz principalmente em uma liberdade individual. A religião, assim, é uma questão de interesse público, não por seu conteúdo, mas como uma manifestação do livre desenvolvimento da personalidade humana. É relevante para a coletividade como um todo que cada um possa aderir à convicção que considerar pertinente. Todos perdem quando alguém fica privado injustamente de se definir. A sociedade política não deve temer ou se envergonhar das expressões religiosas dos seus cidadãos – como se costuma fazer com os aspectos da vida

associados à privacidade –, mas antes celebrá-las como demonstração do reconhecimento de todos e da riqueza plural da Humanidade.

Tudo isso, contudo, pressupõe uma ordem política que seja efetivamente aberta à diversidade, não impondo *ex ante* a adesão a orientações éticas específicas como condição para a atuação política de quem quer que seja. Isto é: as bases da convivência não podem corresponder a uma convicção substantiva específica, para além da igual dignidade de todos. Repita-se: a ideia não é que as doutrinas religiosas devam permanecer nas casas e nos jardins, não podendo ser vistas na praça. A questão é que a apropriação do domínio público por um grupo esvazia o campo da ação e do discurso, uma vez que aquele o instrumentaliza aos seus objetivos específicos. Se isso acontece, em lugar de ser um fim em si mesma, a interação de cidadãos livres e iguais se torna um meio para as finalidades de alguns. Nessa lógica fabril, todos os demais são meios para os fins alheios – e não há dignidade em um contexto como esse. A abertura do espaço público deve ser a maior possível e, por isso mesmo, não pode tolerar seu sequestro por concepções particularistas ou sectárias. Isso reitera e sublinha a exigência de não-identificação da ordem constitucional, destacada no tópico anterior.

3.7.2 Tolerância e imparcialidade: dois modelos, para dois pontos de vista

Acima foram examinados três elementos centrais à legitimidade do direito – as noções de dignidade humana, democracia e direitos fundamentais. Seu reconhecimento gera diversas repercussões para o tratamento jurídico da religião, inclusive e especialmente ao exigir que as questões relacionadas ao tema sejam endereçadas do ponto de vista do ser humano. Contudo, as pessoas não existem sós; e é justamente porque sua vida se desenvolve em meio a outros que faz sentido falar em justiça ou moralidade políticas. A Constituição vê os indivíduos tanto como pessoas éticas – protegendo sua capacidade moral por meio de direitos fundamentais – quanto como iguais cidadãos – que se ocupam, junto com os demais, da vida em comum.

Aqui o que importa salientar é que cada um desses contextos suscita deveres diversos. No primeiro caso, a responsabilidade pessoal definida por Ronald Dworkin – em particular, o compromisso relativo à identificação e à efetiva concretização de um ideal de vida boa –, e o dever, perante os demais, de não lhes causar danos. A isso se pode acrescentar a obrigação que cada um tem de justificar suas condutas com base no direito: como exerce sua independência ética como titular de direitos (fundamentais) garantidos pela ordem jurídica – *i.e.*, como *sujeito de direito* –, o

indivíduo assume o dever de justificar suas condutas diante dos outros remetendo ao direito vigente, comum a todos. No segundo caso, como *cidadãos*, os indivíduos são responsáveis pela coletividade de forma geral e, por isso, se espera que considerem o que é melhor para todos. É preciso, assim, que estejam preparados para *representar* os demais na sua reflexão (a sós ou em deliberação)[631], oferecendo justificativas para que certas normas devam vigorar para todos como direito compartilhado. Como a igualdade da esfera política pressupõe a universalização da cidadania, e historicamente foi construída com ela, não só tendem a se sobrepor os conjuntos de sujeitos de direito e de cidadãos, como não se cogita de diferenças arbitrárias dentro do Estado: entre os nacionais, todos – quaisquer que sejam seus caracteres, inclinações e origens – merecem o mesmo tratamento. Forma-se, assim, no plano da política, um auditório quase universal, limitado só pelas fronteiras geográficas e de nacionalidade.

Os dois papéis de cada indivíduo se traduzem, portanto, em diferentes pontos de vista: como pessoa ética, o sujeito deve ser capaz de se justificar diante de si e da(s) comunidade(s) ética(s) que integre, tendo em vista a concepção de vida boa que assumir (*e.g.*, agir como um bom cristão); como cidadão, o indivíduo precisa apresentar razões a um auditório praticamente universal, representando os demais no seu discurso, na medida em que defende normas que devem valer para todos. Ao incorporarem como uma liberdade a capacidade ética das pessoas, o direito e a Constituição integram a todos, como iguais, independentemente das decisões tomadas ou inclinações específicas de cada um. Qualquer que seja a orientação de alguém em matéria de religião, ele estará incluído na ordem jurídica como um sujeito de direito. No entanto, como as instituições só existem pela prática reiterada das pessoas, a realidade do direito – mais que seu texto – deve preservar esse caráter inclusivo. Consequentemente, quem fala em nome de todos – como fazem todos os cidadãos ao tomarem parte da deliberação democrática – deve sempre ter a imparcialidade como meta e padrão de conduta. As pessoas são livres para definir um "eu" para si mesmas, mas não para moldar, à sua imagem e semelhança, a sociedade e suas instituições. Dessa forma, nem o Estado ou o direito pode atropelar a autodefinição da identidade pelos indivíduos, nem estes podem transformar aqueles em postos avançados de si próprios.

Essa dualidade se manifesta em dois planos de atuação legítima, cada um presidido por uma ideia básica. No âmbito pessoal, em que está em debate a identidade de cada um – inclusive seu pertencimento a comunidades éticas –, não se pode exigir das pessoas mais que o respeito pelas outras. A palavra de ordem é *tolerância:* a normalização é inimiga da autodeterminação, de modo

[631] Até porque o "ato de pensar, embora possa ser a mais solitária das atividades, nunca é realizado inteiramente sem um parceiro e sem companhia" (ARENDT, Hannah. *A condição humana*, cit., p. 93). No mínimo, sempre se conversa consigo mesmo – questionando-se e justificando-se diante de outro eu.

que não cabe impor que alguém sofra danos ou abra mão da própria individualidade para promover os fins alheios; o que se demanda é que cada um aceite o valor intrínseco de uma vida humana bem-sucedida e não cause prejuízo aos demais[632]. Quanto mais próximo se estiver da autodefinição da personalidade, maior peso terá a opinião, a crença ou a vontade do indivíduo.

O segundo plano é o da sociedade política como um todo. Aqui a ideia básica é outra: *imparcialidade*. Para que todos possam se reconhecer nas instituições políticas – *i.e.*, para que todos se sintam representados por elas –, é preciso que observem muito mais que a simples tolerância. O Estado não está no papel de "aceitar relutantemente" quem pensa diferente dele – pela razão singela de que o Estado mesmo não pensa, nem tem opinião; quem tem é a pessoa que responde por ele e não pode tomá-lo para si, fazendo do aparato estatal um instrumento para seus fins particulares. A perspectiva adotada não é a de uma pessoa concreta, olhando o mundo ao seu redor através de um espelho, mas a de qualquer cidadão diante de todos os outros. A pergunta que se coloca não é, portanto, "Que instituições servem a mim e a meu projeto de vida boa?", e sim "Que instituições servem a todos e favorecem, em geral, a consecução de todos os projetos de vida boa?". Para responder a essa questão, o sujeito deve se colocar em todos os lugares possíveis – posições de vantagem e desvantagem – a fim de tentar transcender sua parcialidade. Talvez ele não consiga fazê-lo. É possível, ainda, que simplesmente chegue a um resultado que outros acham equivocado. Mas seu dever é tentar – é a sua responsabilidade diante dos outros se esforçar para considerar a eles e seus interesses e opiniões como igualmente pertinentes e ponderáveis.

Essas considerações reiteram algo que vem se insinuando desde o início do capítulo: a necessidade de uma separação institucional entre as confissões religiosas e o Estado, que se desdobra em discursos ou jogos de linguagem distintos. Para cada contexto de justificação, razões diversas são admissíveis. Tão impróprio quanto dizer a um padre católico que a igualdade de gênero ou o art. 5º, I, da Constituição exige a ordenação de mulheres é conduzir o Estado segundo a Torá ou o Corão. As justificativas que fazem sentido e são devidas dentro de uma comunidade ética são diferentes daquelas que cidadãos livres e iguais devem uns aos outros. Isso não impede alguém de criticar a Igreja Católica por sua postura diante das mulheres, nem, muito menos, de dizer o que, em sua opinião, o cristianismo tem a dizer acerca de alguma postura do Estado. Este é o âmbito normal da liberdade de expressão e não há nada a objetar contra isso. Mas assim como não cabe a

[632] Como explica Habermas, o reconhecimento mútuo dos cidadãos "não deve ser confundido com uma *valorização* de uma cultura estrangeira, ou de convicções ou práticas que rejeitem. Precisamos de tolerância apenas *vis-à-vis* cosmovisões que consideramos erradas e *vis-à-vis* hábitos de que não gostamos. Assim, a base do reconhecimento não é a estima por essa ou aquela característica ou realização, mas a aceitação do fato de que o outro é membro de uma comunidade inclusiva de cidadãos com iguais direitos, nos quais cada indivíduo responde aos outros por suas contribuições políticas" (HABERMAS, Jürgen. Notes on post-secular society, cit., p. 23).

ninguém de fora usurpar a autonomia da Igreja Romana para definir o que é ser católico, tampouco compete a um grupo religioso ditar uma identidade pré-concebida a uma sociedade política que deve permanecer aberta e plural. Quando se decide em nome dos outros, impõe-se a tentativa de enxergar as coisas pelos olhos dos demais. Invocar argumentos religiosos que *se sabe não serem compartilhados* é absolutamente incompatível com a postura de um cidadão que aceita sua responsabilidade comum diante dos demais. No limite, essa conduta beira o oportunismo, a exploração de uma posição de vantagem, ou mesmo a má-fé. Assim se chega ao tema da razão pública – um dos mais controvertidos na matéria.

3.7.3 Razão pública

3.7.3.1 A doutrina de John Ralws

Para Rawls, a justa cooperação depende de um ajuste em que as pessoas se vejam como parceiros livres e iguais na deliberação democrática. Por isso, a justificação pública das decisões tomadas pelo corpo coletivo deve se sustentar em um código compartilhado, de forma que as razões subjacentes a elas sejam aceitáveis pelos demais membros razoáveis da sociedade. Ele chama esse código de *razão pública*. Seu conteúdo corresponde a um conjunto de concepções políticas de justiça – das quais a justiça como equidade ou imparcialidade, defendida pelo autor, é apenas uma –, que se distinguem pelo critério da reciprocidade[633], aplicado às relações entre cidadãos livres e iguais[634]. Ela opera uma restrição material sobre os discursos, impedindo, em certos contextos, que se recorra a razões sectárias.

A razão pública, porém, não incide em todas as esferas – ou, ao menos, não da mesma forma. O autor é explícito ao afastar essas restrições do que chama de *cultura de fundo*[635], em

[633] RAWLS, John. The idea of public reason revisited. *The University of Chicago Law Review*, v. 64, n. 3, pp. 765-807, Summer 1997, p. 770. Na mesma página, o autor afirma que "o critério da reciprocidade exige que quando tais termos [de cooperação] são propostos como os termos mais razoáveis de cooperação justa, aqueles que os propõem devem também considerar ao menos razoável que os outros os aceitem, como cidadãos livres e iguais, e não como dominados ou manipulados, ou sob a pressão de uma posição política ou social inferior".

[634] RAWLS, John. The idea of public reason revisited, cit., pp. 773-774.

[635] Rawls distingue o que chama de *cultura política pública* – que "compreende as instituições políticas de um regime constitucional e as tradições públicas de sua interpretação (inclusive as do judiciáio), bem como os textos e documentos históricos que são de conhecimento geral" – da ideia de *cultura de fundo* – que inclui das doutrinas abrangentes de todos os tipos, sendo "a cultura do social, não do político". V. RAWLS, John. *O liberalismo*

particular quanto a reflexões pessoais sobre política ou em discussões levadas a efeito por associações, igrejas ou universidades. No fórum público, contudo, quando se trata de definir a orientação do Estado, todos os cidadãos estão vinculados, por um dever moral de civilidade, à observância da razão pública. Essa exigência se aplica com uma intensidade particular (e obrigatoriedade jurídica) às autoridades, aos candidatos a cargos públicos e, especialmente, aos tribunais supremos. O registro é muito importante: Rawls não impõe aos indivíduos ou às entidades privadas uma limitação jurídica voltada à observância da ideia de razão pública. Idealmente – ele concede –, todas as pessoas deveriam se colocar no lugar de legisladores hipotéticos sempre que lhes coubesse participar no processo democrático-representativo, escolhendo os futuros ocupantes de cargos públicos. Mas esse é um dever moral, que não poderia ser juridicamente vinculante a partes privadas, sob pena de afronta à liberdade de expressão[636].

A ideia de razão pública coloca em questão o papel dos discursos religiosos no debate democrático. Segundo Rawls, como qualquer outra doutrina, as religiões são admitidas à livre participação na cultura de fundo, mas, no espaço específico da razão pública, não podem pretender suplantá-la por argumentos sectários, não compartilhados pela sociedade como um todo. Rawls admite que quaisquer discursos religiosos cheguem às arenas políticas, desde que em algum momento sejam oferecidas razões públicas para sustentar suas propostas. Essa condição (*proviso*) delimita a fronteira entre a cultura de fundo e a cultura política pública, ao mesmo tempo em que admite que o envolvimento das doutrinas abrangentes razoáveis – que, afinal, apoiam o regime democrático sem se despir de suas perspectivas particulares – venha a reforçar o ideal de razão pública, em vez de descumpri-lo[637]. A demarcação de uma divisória entre um espaço dominado por concepções políticas, e outro, passível de controle por razões particulares, serve tanto à proteção da cooperação social contra a injusta afetação por injunções sectárias, quanto à tutela das próprias associações particulares em face do Estado[638].

---

político, cit., p. 56.

[636] RAWLS, John. The idea of public reason revisited, cit., pp. 768-769.

[637] A participação vital de discursos religiosos no desenvolvimento da gramática dos direitos humanos – valores políticos – registra a fecundidade desse diálogo.

[638] RAWLS, John. The idea of public reason revisited, cit, pp. 789 e 795: "é evidente que princípios liberais de justiça política não exigem que a administração eclesiástica seja democrática. Bispos e cardeais não precisam ser eleitos; nem os benefícios relacionados à hierarquia de cargos de uma igreja precisam satisfazer um princípio distributivo determinado, e certamente não o princípio da diferença. Isso mostra como os princípios da justiça política não se aplicam à vida interna de uma igreja, nem é desejável, ou consistente com a liberdade de consciência ou a liberdade de associação, que devessem fazê-lo. Por outro lado, os princípios de justiça política de fato impõem certas restrições essenciais que incidem sobre a administração eclesiástica. As igrejas não podem praticar uma intolerância efetiva, já que, como demandam os princípios de justiça, o direito público não reconhece a heresia ou a apostasia como crimes, e os membros das igrejas estão sempre em liberdade para deixar sua fé. Assim, embora

Os princípios de justiça política não encontram nas associações privadas – em especial, nas religiosas – seu espaço próprio de atuação. Na intimidade dessas entidades, as relações, de forma geral, sendo livremente consentidas, serão legitimadas pelas liberdades de consciência e de associação. Isso muda quando se sai do âmbito interno das associações: toda pessoa tem o direito de mudar de religião a qualquer momento e, consequentemente, de se subtrair às regras de autoridade e conduta que presidiam sua atuação na comunidade religiosa. Com isso, o autor procura conjugar a tutela máxima das liberdades religiosas e associativas – ao afastar, em geral, a intervenção do Estado – com um sistema que, dirigido pela razão pública, não permite a submissão das pessoas a doutrinas que as excluem.

3.7.3.2 Algumas críticas e adaptações

As ideias de Rawls sobre a razão pública sofreram críticas da doutrina, mesmo entre os liberais. Ronald Dworkin, *e.g.*, sustentou que haveria dois problemas nessa abordagem[639]. Em *primeiro* lugar, se associada a uma ideia de reciprocidade – se só admitisse justificativas que todos os membros razoáveis da sociedade pudessem razoavelmente aceitar – a ideia de razão pública seria quase inútil. Para uma pessoa que acredita ser correta determinada postura moral controvertida, seria inviável supor que esta não *poderia* ser razoavelmente aceita por outros. Segundo Dworkin, esse raciocínio barraria apenas razões religiosas, porque o indivíduo "que crê que a verdade religiosa só é alcançada por meio da graça divina ou de alguma outra forma privilegiada de acesso não pode defender que todos os cidadãos razoáveis poderiam razoavelmente aceitar a convicção religiosa dele". E com isso o autor concorda[640].

O *segundo* problema surge, para Dworkin, quando se tenta fundamentar a distinção entre razões públicas e privadas na diferença entre os valores políticos da comunidade e as doutrinas abrangentes, de natureza religiosa, moral ou filosófica. Para ele, questões como o

os princípios de justiça não se apliquem diretamente sobre a vida interna das igrejas, eles protegem, sim, os direitos e liberdades de seus membros por meio das limitações a que todas as igrejas e associações se sujeitam. [...] As razões para a separação entre a igreja e o estado são estas, entre outras: Ela protege a religião contra o estado e o estado contra a religião; ela protege os cidadãos contra suas igrejas e os cidadãos entre si. [...] Também é um erro grave pensar que a separação entre estado e igreja serve primariamente à proteção da cultura secular; é claro que ela protege, sim, essa cultura, mas não mais que protege todas as religiões".

[639] DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard Universtiy Press, 2006, pp. 251-254.

[640] DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*, cit., pp. 252-253.

direito da mulher ao aborto não são resolvidas por valores políticos compartilhados, mas antes exigem que se tome partido em questões moralmente controvertidas.

Por tudo isso, Dworkin considera que a ideia de razão pública é desnecessária; basta reconhecer que "os juízes não podem recorrer a convicções ou fins religiosos em sociedades liberais porque tais convicções não podem ocupar um espaço em uma justificação ampla da estrutura jurídica de uma comunidade liberal e tolerante"[641]. Consequentemente, é possível fundamentar uma decisão judicial com base na teoria da justiça do próprio Rawls – em si, uma doutrina controvertida –, mas não apelando à Bíblia.

As críticas de Dworkin são relevantes, mas parecem errar o alvo. Naturalmente, não se pode exigir que uma pessoa considere absurdo algo em que ela mesma acredita. Mas não é isso o que a ideia de razão pública impõe; basta que os cidadãos aceitem a responsabilidade que têm, diante dos demais, e *tentem* se colocar no lugar dos outros. Usar argumentos de uma religião quando *se sabe* que nem todos concordam seguramente constitui uma afronta a esse dever de justificação. Não há boa-fé aqui.

Além disso, a doutrina de Rawls não veda – nem poderia – que as pessoas decidam questões controvertidas. De fato, não há assepsia: ainda que fosse possível existir um agente neutro, sua neutralidade acabaria no momento em que tivesse de decidir alguma coisa – é inviável aceitar e rejeitar, ao mesmo tempo, a validade da criminalização do aborto, e até o *non liquet* teria um efeito substantivo: manter o *status quo* jurídico (permanece como está, vedado, obrigatório ou permitido). Mas o que está em discussão não é o fato de que se terá de tomar partido, mas os argumentos que podem ser usados para defender as posições assumidas em uma sociedade plural. Nesse sentido, a ideia de que aceitáveis são as razões que "podem ocupar um espaço em uma justificação ampla da estrutura jurídica de uma comunidade liberal e tolerante", como sustenta Dworkin, não parece se diferenciar muito da doutrina de Rawls. Mas é, sem dúvida, um passo adiante em termos de clareza: em vez de razões sectárias, temos agora argumentos incompatíveis com o liberalismo e a tolerância.

Convém insistir no ponto: a razão pública não se confunde com o controle (material) da decisão tomada: o fato de alguém sustentar que a vida do feto deve prevalecer sobre os direitos da mulher a ponto de criminalizar o aborto, longe de ofender, promove as exigências da razão pública, e não é porque alguém é favorável à interrupção da gestão que a resposta se inverte. É possível que alguém discorde da ponderação efetuada, mas não há como acusá-la de não observar a ideia de razão pública. As pessoas não são ofendidas na sua dignidade quando a

[641] *Ibid.*, p. 254.

decisão tomada pelo Estado contraria a sua orientação, qualquer que ela seja; mas quando os argumentos que a acompanham se dirigem apenas a um conjunto determinado dos cidadãos[642].

A razão pública foi objeto de críticas também da parte de Jürgen Habermas. Apesar de sua preocupação com a abertura da deliberação democrática – que sugeriria uma linha oposta à de Rawls em matéria de restrições à argumentação –, Habermas se limita a defender ajustes à ideia de razão pública, subscrevendo-a, contudo, de forma geral.

Para o autor, a democracia é uma empreitada comum que depende, para seu sucesso, da convicção dos cidadãos quanto à necessidade de se viver em uma ordem democrática – o que exige, por sua vez, o reconhecimento recíproco de todos como membros livres e iguais da sociedade política[643]. Assim é que, embora tente evitar pressuposições substantivas que limitem o conteúdo do discurso, o autor admite a existência de algumas balizas, inclusive em matéria religiosa. Ele afirma que o discurso religioso não pode embasar as decisões estatais, sob pena de ofender a imparcialidade exigida do Estado: os atos deste devem ser formulados e justificados "numa linguagem acessível a todos os cidadãos, sem tomar partido por nenhuma visão de mundo". Isso porque "o poder da maioria transforma-se em repressão quando uma maioria que utiliza argumentos religiosos nega às minorias seculares ou aos que são de outras denominações a possibilidade reproduzir discursivamente as *justificações* que lhe são devidas"[644]. Em sua avaliação, razões seculares (inclusive filosóficas) se distinguem de razões religiosas porque a aceitação destas últimas está condicionada à integração a uma comunidade religiosa: "Somente quem é um membro e pode falar na primeira pessoa de dentro de uma tradição religiosa é que compartilha do tipo específico de experiência de que dependem as convicções e razões religiosas"[645].

Dessa forma, a razão pública se aplica a quem exerce ou se candidata a um mandato

---

[642] O que se exige, portanto, não é que alguns temas sejam *excluídos* do debate público, mas que o seu exame não leve em conta algumas das razões que, na cultura de fundo, são empregadas para discuti-lo. Assim, "as autoridades do governo podem tomar partido em várias questões políticas, morais, econômicas, históricas, científicas, dentre outras" e, embora a falta de uma referência religiosa possa contrariar a visão que algumas pessoas tenham, com base nas suas crenças, isso nada mais é que "uma consequência inevitável e aceitável de o governo não tomar partido em questões religiosas (GREENAWALT, Kent. Diverse perspectives and the Religion Clauses: an examination of justifications and qualifying beliefs. *Notre Dame Law Review*, v. 74, n. 5, pp. 1433-1473, 1999, p. 1469).

[643] HABERMAS, Jürgen. Introdução. In: *Entre naturalismo e religião:* estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, pp. 9-10.

[644] HABERMAS, Jürgen. Religião na esfera pública, cit., p. 152.

[645] HABERMAS, Jürgen; TAYLOR, Charles. Dialogue. In: MENDIETA, Eduardo; ANTWERPEN, Jonathan Van (Eds.). *The power of religion in the public sphere*. New York: Columbia University Press, 2011 (Kindle Edition), p. 61. Para ele, é impróprio, por isso, comparar doutrinas religiosas ao kantianismo ou ao utilitarismo, por exemplo, que não dependem do pertencimento a uma comunidade particular para serem defendidos ou sustentarem argumentos.

público, que deve justificar seus atos sem recorrer a convicções religiosas ou metafísicas[646] – nas Casas Legislativas, o regimento deveria até mesmo autorizar seu Presidente a excluir dos registros posições ou justificativas de natureza religiosa[647]. Esse dever, porém, não incide sobre os cidadãos em geral: para Habermas, não se pode exigir que dividam suas consciências em duas, para afirmarem a correção na esfera pública de algo que considerem incorreto à luz de seus valores particulares. Para muitos, um requisito como esse seria inadmissível diante das imposições morais de suas convicções[648]. Talvez alguns sequer tenham informação ou conhecimento suficiente para desenvolver fundamentações seculares, independentes de suas verdadeiras convicções[649].

Embora os cidadãos sejam livres para defender suas doutrinas abrangentes na esfera pública, a influência dessas orientações sobre a atuação estatal depende de sua mediação por um "filtro", responsável por traduzir a linguagem particular da religião para um código comum, compartilhado por todos[650]. Essa tradução não é de responsabilidade exclusiva dos crentes, que podem optar pelo discurso religioso para expor suas ideias[651]; cabe a todos os cidadãos, por se reconhecerem como parceiros na cooperação social, empreenderem esforços para compreender as demandas dos outros e dialogar com eles da forma adequada[652]. Isso impõe às confissões

---

[646] HABERMAS, Jürgen. Religião na esfera pública, cit., p. 145.

[647] *Ibid.*, p. 149.

[648] O ponto é destacado até por um dos grandes autores liberais da atualidade, Ronald Dworkin, que critica a doutrina de Rawls, nesta matéria, apontando: "Em qualquer caso, os liberais não serão bem-sucedidos se pedirem às pessoas de fé que ponham de lado suas convicções religiosas quando assumirem o papel de cidadãos. Esse papel exige sinceridade e autenticidade, o que é impossível para essas pessoas a não ser que levem sua religião bastante em conta. O cisma sobre a religião na América evidencia as limitações do projeto de Rawls de liberalismo político, sua estratégia de isolar as convicções políticas da mais profunda convicção moral, ética e religiosa" (DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?*, cit., p. 65).

[649] HABERMAS, Jürgen. Religião na esfera pública, cit., p. 144.

[650] A tradução defendida por Habermas é subscrita também por Sergio Paulo Rouanet, que o cita textualmente, reiterando que isso envolve uma religião não fundamentalista e uma razão não cientificista. V. ROUANET, Sergio Paulo. Ciência e religião, cit., p. 184.

[651] Habermas substitui, portanto, a *proviso* de Rawls por outra: "De acordo com essa proposta, todos os cidadãos devem ser livres para decidir se querem usar uma linguagem religiosa na esfera pública. Em o fazendo, porém, teriam de aceitar que os potenciais conteúdos de verdade de expressões religiosas devem ser traduzidos para uma linguagem acessível em caráter geral antes que possam seguir caminho em direção às agendas de parlamentos, tribunais, ou órgãos administrativos e influenciar suas decisões. Em vez de sujeitar todos os cidadãos à obrigação de limparem seus comentários e opiniões públicas de uma retórica religiosa, deve ser estabelecido um filtro institucional entre a comunicação informa na arena pública e as deliberações formais de órgãos políticos que conduzem a decisões vinculantes coletivamente. Essa proposta alcança o objetivo liberal de garantir que todas as decisões legalmente impositivas e publicamente sancionáveis possam ser formuladas *e justificadas* em uma linguagem universalmente acessível sem ter de restringir a diversidade polifônica de vozes públicas na sua própria fonte. Certamente, as contribuições 'monolinguais' de cidadãos religiosos dependem então dos esforços de tradução de colegas cidadãos cooperativos para que não caiam no vazio" (HABERMAS, Jürgen. "The political": the rational meaning of a questionable inheritance of political theology, cit., posição 500).

[652] A legitimação da liberdade religiosa, em Habermas, é menos clara. Segundo Cláudio Pereira de Souza Neto, a

uma reflexão sobre seu próprio papel no mundo, suas crenças e os modos possíveis de acomodá-los nesse contexto. Da parte dos cidadãos "seculares", essa exigência se traduz em um dever de respeito e parceria para com os religiosos e seus discursos, evitando a arrogância secularista, cientificista ou naturalista que dispensa *a priori* qualquer expressão que não atenda a seus critérios particulares (sectários, afinal) de correção[653]: "as cosmovisões naturalistas [...] não têm *prima facie prioridade* sobre concepções religiosas ou cosmovisões concorrentes"[654]. Fé e ciência têm limites e ambas podem aprender uma com a outra[655].

A crítica de Habermas é importante e pertinente exatamente por rejeitar a "arrogância" secular, sem abrir mão, com isso, das bases consensuais do Estado democrático. A religião não pode ser o fundamento da sociedade política e, por essa razão, argumentos metafísicos não são admissíveis como justificativa para os atos do Estado. Mas é preciso cuidado para não excluir os cidadãos religiosos, que podem não dominar uma linguagem diversa para expressar reivindicações muitas vezes legítimas. Ao exigir que os demais membros da sociedade e a esfera política formal estejam abertos a ouvi-los, Habermas distribui de forma mais equitativa um ônus que, de outra forma, recairia de forma desproporcional sobre os crentes. Mas a ideia – repita-se – não é que a argumentação religiosa passe diretamente da sociedade civil para o Estado. Como se viu, a relação entre este e aquela deve ser mediada por um sistema político igualitário, baseado na imparcialidade das instituições. Daí a preocupação com a tradução das

---

corrente que defende o caráter procedimental da deliberação democrática – em que se insere Habermas – enfrenta a crítica de que alguns direitos (como a liberdade religiosa), por não exercerem uma função imediata na deliberação democrática (ao contrário de outros como a liberdade de expressão), acabariam despidos de fundamentalidade material. Nada obstante, como reconhece o autor, é possível extrair da *ética do discurso* habermasiana que as condições da deliberação democrática (justa) devem incluir também direitos que as pessoas enxerguem como essenciais para o sentimento de pertencimento e inclusão na comunidade política (SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*, cit., pp. 157-161).

653 HABERMAS, Jürgen. Religião na esfera pública, cit., p. 162: "o pensamento pós-metafísico assume uma dupla atitude perante a religião, porquanto ele é agnóstico e está, ao mesmo tempo, disposto a aprender. Ele insiste na diferença entre certezas de fé e pretensões de validade contestáveis em público; abstém-se, porém, de adotar uma presunção racionalista, a qual o levaria a pretender decidir por si mesmo o que é racional e o que não é nas doutrinas religiosas".

654 *Id.*, Bases pré-políticas do Estado de Direito democrático. In: *Entre naturalismo e religião:* estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, p. 128.

655 *Ibid.*, p. 126: "Na sociedade pós-secular impõe-se a idéia de que a 'modernização da consciência pública' abrange, em diferentes fases, tanto mentalidades religiosas como profanas, transformando-as reflexivamente. Neste caso, ambos os lados podem, quando entendem, em comum, a secularização da sociedade como um processo de aprendizagem *complementar*, levar a sério, por razões cognitivas, as suas contribuições para temas controversos na esfera pública". Habermas sublinha que os discursos religiosos sempre foram, são e podem ser muito relevantes para o aprendizado coletivo. Expostos a seu conteúdo, cidadãos seculares ou membros de outras confissões podem extrair uma normatividade intrínseca a ele, conectando-o com sua própria visão de mundo (*Id.*, Religião na esfera pública, cit., pp. 148-149). Em outro texto, o autor menciona como exemplo o contato entre o cristianismo e o pensamento grego, que propiciou uma apropriação, pela Filosofia, de conteúdos cristãos, como a tradução da ideia de que o homem foi criado à imagem de Deus para a noção de dignidade humana. V. *Id.* Bases pré-políticas do Estado de Direito democrático, cit., p. 125.

demandas formuladas em termos religiosos: a liberdade dos fiéis em formulá-las não afasta o dever do Estado de vertê-las para a "língua comum" de instituições que, por pertencerem a todos, não podem ser apropriadas por ninguém. O que se exige, novamente, é que as pessoas tentem assumir a perspectiva das outras[656].

Outra reflexão importante a respeito da ideia de razão pública veio de Charles Taylor. Para o autor, há um erro de partida em imaginar que o "secularismo" diga respeito às relações entre o Estado e a religião; ele se relaciona à correta resposta de um Estado democrático diante da diversidade. Subscrevendo algumas conclusões de Rawls, Taylor aponta que o papel do Estado é garantir os valores dos direitos humanos, da igualdade, do Estado de Direito e da democracia sem favorecer qualquer das razões últimas que sustentam cada um deles. Não interessa por que as pessoas os compartilham, mas apenas que o fazem[657]. Segundo Taylor, uma democracia verdadeiramente plural não pode reverter sequer a uma religião civil ou a uma postura antirreligiosa sem trair seus princípios. Por isso, "estamos condenados a viver em um consenso sobreposto"[658].

Estabelecendo um diálogo com Rawls e Habermas, Charles Taylor sustenta que, de fato, existe um espaço no Estado secular onde a neutralidade deve ser assegurada. Mas essa restrição não alcança nem a deliberação dos cidadãos, nem os debates parlamentares, mas apenas a "a linguagem oficial do Estado: a linguagem em que a legislação, os decretos administrativos e os julgamentos dos tribunais devem ser vertidas"[659]. Mas o autor se apressa em destacar: tão imprópria quanto seria a invocação da Bíblia nos *consideranda* de uma lei, seria a referência a uma "verdade" ditada por Marx ou Kant. A neutralidade, portanto, não é oponível apenas aos discursos religiosos, mas aos discursos não compartilhados em geral. Isso não quer dizer que as leis não possam refletir a convicção verdadeira da maioria dos cidadãos, sejam eles cristãos, muçulmanos ou marxistas; o que se impede é só que "as decisões sejam modeladas de forma a conceder um reconhecimento especial a uma dessas visões"[660]. A *ratio* subjacente à neutralidade é o respeito à igualdade, e não uma superioridade epistemológica da "razão" sobre

---

[656] HABERMAS, Jürgen; TAYLOR, Charles. Dialogue, cit., p. 65.

[657] TAYLOR, Charles. Why we need a radical redefinition of secularism. In: MENDIETA, Eduardo; ANTWERPEN, Jonathan Van (Eds.). *The power of religion in the public sphere*. New York: Columbia University Press, 2011 (Kindle Edition), p. 37.

[658] *Ibid.*, p. 47.

[659] TAYLOR, Charles. Why we need a radical redefinition of secularism, cit., p. 50.

[660] *Ibid.*, pp. 50-51. Como reconhece o autor, "isso não é fácil de fazer; as linhas [divisórias] são difíceis de serem fixadas, e devem sempre ser fixadas novamente. Mas essa é a natureza do empreendimento que é o Estado secular moderno. E que alternativa melhor existe para democracias plurais?".

a religião – superioridade que Taylor chama de "mito da Ilustração" e afasta de pronto como algo insustentável[661].

Como se vê, Charles Taylor também admite a ideia de razão pública. No entanto, ele avança aonde nem Habermas quis chegar: o argumento religioso seria aceitável mesmo nos debates parlamentares. Taylor supõe uma distinção forte entre a decisão e suas justificativas, a tal ponto que recusa que uma lei explicitamente reconheça basear-se em razões sectárias, mas afirma que "o Estado democrático acabará votando leis que (no melhor dos casos) refletirão as efetivas convicções dos seus cidadãos, seja eles cristãos ou muçulmanos etc."[662]. Sua tese parece se sustentar em duas ideias básicas: **(i)** a representação democrática não apenas tende a responder, mas antes *deve* responder ("no melhor dos casos") à força relativa dos grupos presentes na sociedade; apesar disso, **(ii)** cabe-lhe buscar fundamentos compartilhados para embasar as suas decisões.

A *primeira* ideia já foi afastada anteriormente. Não é o caso de exigir sinceridade de propósito dos agentes públicos; a Filosofia Política avançaria impropriamente sobre a Ética se tentasse pautar a relação das pessoas com suas consciências[663]. Só interessam aqui as relações intersubjetivas. A questão é: será que a representação democrática deve mesmo se atrelar tão intensamente a sua base eleitoral? Estrategicamente, é o que se espera de políticos – pelo menos quando compreendidos como agentes racionais, voltados à maximização dos próprios interesses, e seu objetivo seja eleger-se novamente. Mas a indagação não diz respeito ao plano do ser, mas ao do dever-ser: as instituições políticas e seus sistemas de incentivos devem ser construídos (e interpretados) de forma que os mandatários políticos se vinculem a uma base de interesses? Curiosamente, o próprio Taylor parece responder negativamente a essa questão. O que sustenta a *segunda* ideia é justamente a representatividade universal do Estado: é ela que impõe que as leis e demais atos do Poder Público não possam se fundamentar em razões não compartilhadas.

---

[661] *Ibid.*, p. 53: "essa diferença de credibilidade racional entre o discurso religioso e o não religioso [...] me parece totalmente sem fundamento. Pode-se descobrir, no fim das contas, que a religião se baseia em uma ilusão e, portanto, que o que dela deriva é menos crível. Mas, até que efetivamente atinjamos esse lugar, não há qualquer razão *a priori* para uma suspeição maior ser dirigida a ela. A credibilidade dessa distinção depende de uma orientação segundo a qual algum argumento bastante "deste-mundista" *seja suficiente* para estabelecer determinadas conclusões morais-políticas. [...] Existem proposições deste tipo, que vão desde "2 + 2 = 4" até algumas das mais bem fundadas revelações da moderna ciência natural. Mas os conceitos-chave de que precisamos, por exemplo, para estabelecer nossa moralidade política básica não estão entre elas".

[662] *Ibid.*, p. 50.

[663] Sem prejuízo disso, para uma discussão interessante sobre a sinceridade judicial, v. GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do direito:* construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 44 e ss.

De fato, páginas acima se demonstrou que uma das exigências da democracia é que todos os cidadãos assumam perante os demais a responsabilidade de tentar ver as coisas pela perspectiva dos outros. Não há real isonomia se o Estado se porta como representante de uns ou outros, em lugar de tomar a todos igualmente. O que interessa sublinhar agora é que, quando se fala em "Estado", deve-se entender "a(s) pessoa(s) que decide(m) em nome das demais". Não há o Estado, de um lado, e os agentes públicos, de outro; o primeiro fala pela voz dos segundos. A representatividade universal do Estado se estende, dessa forma, aos parlamentares, considerados individual e coletivamente. Mais que isso: não há dúvida de que a Constituição deve ser imparcial em relação aos projetos de vida razoáveis das pessoas. Na medida em que ela só existe como vivificada na prática das instituições – principalmente do Poder Legislativo e da jurisdição constitucional –, o comportamento parlamentar que não seja *inclusivo* e *imparcial* reproduzirá uma Constituição que, na prática, tampouco será *inclusiva* e *imparcial*. Isto é: a postura e o discurso dos deputados e senadores estão longe de ser irrelevantes para uma Carta que se pretenda justa.

Seja como for, só se pode falar em uma lei sectária que seja baseada obrigatoriamente em razões públicas – como parece sugerir Taylor – se, à semelhança do que afirma Dworkin, a "lei sectária" aqui significar simplesmente que o Estado pode ou deve tomar posição sobre temas controvertidos. Sendo assim, a doutrina de Charles Taylor poderia ser interpretada da seguinte forma: *decidir* é inevitável e, ao fazê-lo, o Estado precisa oferecer *razões públicas* para justificar sua postura. No entanto, isso deixa uma questão em aberto: se o debate está vinculado ao dever de oferecer fundamentos compartilhados, como poderia envolver razões não públicas? São duas as possibilidades: ou bem a discussão legislativa não tem nenhuma relação com a lei afinal aprovada – o que é incompatível com a própria ideia de um *processo legislativo* –, ou o debate pode incorporar elementos e questões que, no fim das contas, serão inaproveitáveis para a efetiva decisão a ser tomada. Ou seja: ao lado das razões públicas, os parlamentares poderiam dar outras, não públicas, em suporte às primeiras.

Mas por que fariam isso? O uso de razões sectárias pode servir de confirmação à razão pública – argumento de reforço, com "autoridade persuasiva", como uma referência de direito comparado. Pode, ainda, funcionar como uma ponte com o público, usando linguagens da sociedade civil para obter apoio popular a uma medida. Tudo isso para não mencionar um uso puramente retórico, que pretenda apenas sugerir uma aparência de pia devoção.

Alguns autores defendem que até a jurisdição constitucional poderia usar o discurso religioso na interpretação do direito. Isso seria possível, como um argumento não vinculante, mas persuasivo: **(i)** para traçar as origens de determinado conceito ou valor; **(ii)** como reforço

interpretativo (*e.g.*, para demonstrar que algum consenso social a respeito de certa questão); e **(iii)** fazer prova de um fato (*e.g.*, a exigência do véu pelo Islã)[664]. De qualquer forma, seria preciso que a citação do direito religioso sempre viesse acompanhada de fontes e meios de interpretação seculares para que, "longe de promover qualquer religião", ela fosse vista apenas como "reconhecimento de como universos jurídicos paralelos levam em conta as mesmas questões"[665]. Em qualquer caso, deve-se ter cuidado para não passar às pessoas uma mensagem de apoio ou adesão a uma doutrina específica.

De fato, não parece haver um problema, em tese, com esse tipo de recurso. Isso é particularmente claro quando ele só reflete ou se refere a manifestações feitas por entidades da sociedade civil (*e.g.*, em audiências públicas): não é o agente público que faz a afirmação, mas a instituição privada em tela. Vale lembrar que cabe à esfera política formal, como dos cidadãos seculares, ouvir e traduzir também as demandas formuladas em linguagem religiosa. Se elas não puderem ser lidas, compreendidas ou levadas em conta pelos parlamentares, essa exigência não terá sido atendida. Nada obstante, é fundamental atentar para eventuais abusos, especialmente no recurso a razões religiosas como reforço interpretativo. Além das cautelas acima, não se pode perder de vista que o papel do Estado não é afirmar uma verdade absoluta (se substituindo às consciências individuais), nem arbitrar conflitos religiosos ou dar maior visibilidade a grupos de sua preferência. Dessa forma, o uso de argumentos religiosos como elemento persuasivo deve atentar ao pluralismo da sociedade política, evitando a referência pontual a um ou outro sistema de crenças. A ideia não é demonstrar que a religião X ou Y confirma a validade de uma medida, mas a existência de algum consenso acerca do tema – requisito que, obviamente, não será atendido pela referência específica, *e.g.*, apenas ao cristianismo e ao judaísmo, que têm bases comuns.

Com essas considerações, é possível acompanhar Charles Taylor para admitir alguma participação de argumentos religiosos – sempre em caráter de reforço – no espaço em que deve reinar a razão pública[666].

---

[664] SHINAR, Adam; SU, Anna. Religious law as foreign law in constitutional interpretation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 1, pp. 74–100, 2003.

[665] *Ibid.*, p. 99.

[666] Quanto à jurisdição constitucional, a relevância de demonstrar algum "consenso social" sobre um tema soa ligeiramente deslocada. Mas a questão que se coloca diz respeito à conveniência e aos limites da abertura dos tribunais à opinião pública – tema que ultrapassa o escopo deste estudo. Uma boa referência sobre o tema é BARROSO, Luís Roberto. *Post-scriptum* – Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política do Brasil contemporâneo. In: *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:* exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 405 e ss.

Mais intensa parece ser a crítica de Ana Paula de Barcellos. Em trabalho recente[667], a autora defende um direito constitucional a um *devido procedimento na elaboração normativa* (DPEN) – um direito difuso à observância de um conjunto de exigências procedimentais, cujo conteúdo essencial é "o dever do proponente da norma de apresentar, de forma pública, as razões pelas quais considera que a tal norma deve ser editada e as informações que as fundamentam"[668]. Exatamente na linha desenvolvida acima, a autora embasa esse direito na dignidade da pessoa humana – na condição de *sujeitos* dos cidadãos, que devem ser tratados com respeito. A razão pública não é o centro das suas considerações, mas se torna relevante no momento em que trata de definir o conteúdo esperado dessa justificativa – *i.e.*, o que se considera necessário para cumprir o DPEN.

Segundo a jurista, o DPEN "não se destina propriamente a estabelecer parâmetros para o exame ou a avaliação do mérito das razões e informações eventualmente apresentadas como justificativa para uma proposição normativa"[669]; ele não interfere, dessa forma, no escopo do controle material de constitucionalidade das normas. A autora se preocupa em destacar que sua proposta não tem a pretensão de *pasteurizar* o debate político, estabelecendo critérios para separar as razões "aceitáveis" das "inaceitáveis"[670].

Disso tudo só se extrai que o DPEN não se confunde com a ideia de razão pública; eles se ocupam de fenômenos distintos – enquanto aquele se volta à racionalidade do processo em si, esta se associa ao teor dos argumentos apresentados em favor ou contra certa medida. Da circunstância de o DPEN não vedar o emprego de certas razões (tidas como "irracionais" ou "não-públicas") não decorre automaticamente que elas seriam admissíveis, porque outro fundamento poderia embasar sua proibição. Apesar disso, a autora avança para dizer que a exigência de publicidade, embutida no DPEN, acabaria inibindo o uso de argumentos tidos como claramente inaceitáveis por uma parcela considerável da população. Algo semelhante

---

[667] BARCELLOS, Ana Paula de. *Direito constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa:* direito a justificativa, 2016. Tese (Concurso público para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

[668] *Ibid.*, p. 69. Desenvolvendo um pouco mais: "Por proponente da norma [...] entende-se aquele que apresenta uma proposição normativa, que será objeto de discussão e deliberação por algum colegiado, e igualmente aquele que por alguma razão tem competência para editar diretamente normas jurídicas. Quanto ao conteúdo da justificativa [...], ela deve conter razões e informações e abordar necessariamente três temas básicos: qual o problema que a norma pretende resolver, qual o resultado final esperado com sua execução e quais os custos e impactos antecipados em consequência da norma. Eventualmente esse procedimento deverá também incluir a participação de interessados e o contraditório dessas razões e dessas informações".

[669] *Ibid.*, p. 148.

[670] *Ibid*., pp. 163-164.

tenderia a ocorrer também em razão da possibilidade de crítica e oposição[671].

A aproximação entre o DPEN e a razão pública terminaria, contudo, na publicidade, entendida como abertura, exposição ou divulgação. A autora critica a ideia de razão pública por ser de difícil compatibilização com o pluralismo e, em particular, pelo problema apontado por Habermas – *i.e.*, por exigir que as pessoas "se dividam" em duas, mantendo, ao mesmo tempo, dois critérios de certo e errado: um que realmente corresponde a sua convicção e outro, mais ralo, a ser aplicado no debate político. Além de essa exigência ser injusta para quem não conseguir traduzir seus argumentos em termos de razão pública, isso seria, em larga medida, impraticável[672], resultando na tendencial expansão do que se considera aceitável a ponto de coincidir com o que alguns veem como o bom: só valores liberais seriam admitidos no debate. Além disso, a razão pública se sustenta na suposição de que deveriam manter seus argumentos em zonas de consenso, quando – como já foi assinalado acima – a democracia pluralista é marcada por muitos dissensos inconciliáveis[673].

A autora tem razão ao destacar o risco de pasteurização do debate, mas ele parece ter sido resolvido (ou, ao menos, bastante mitigado) pela combinação das condições inseridas por Habermas e Charles Taylor na ideia de razão pública. Afinal, não há uma barreira absoluta ao ingresso de razões religiosas no debate parlamentar. Quanto à busca do consenso, já restou demonstrado que não há democracia (ou política) sem uma base ou uma linguagem comum, que permita a compreensão e a confiança recíprocas, e colabore para não fazer de adversários, inimigos. Além disso, a "divisão em dois" somente alcança juridicamente os agentes públicos, e estes, na medida em que se propõem a atuar em nome do povo como um todo, precisam assumir a responsabilidade de tentar assumir a óptica das pessoas de forma geral. Não se trata de se dividir, mas apenas de reconhecer que contextos diferentes exigem perspectivas diversas e que, quando não se age no interesse próprio, mas no de terceiros, é preciso se colocar no lugar deles. Não há fórmula matemática para isso, mas tampouco se trata de algo incomum – ao contrário, é o que se espera de forma ordinária, *e.g.*, dos administradores de uma sociedade empresária (de quem se espera que tenham o interesse da empresa sempre em mira) e dos pais e tutores em relação às pessoas sob sua responsabilidade (é o interesse destas que deve ser

---

[671] *Ibid.*, p. 171.

[672] Isso vale para ambos os lados do debate. Não é razoável esperar que as cosmovisões de uma pessoa não tenham influência na forma como interpretam disposições constitucionais e questões de justiça. V. GREENAWALT, Kent. Diverse perspectives and the Religion Clauses, cit., p. 1448.

[673] BARCELLOS, Ana Paula de. *Direito constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa*, cit., pp. 176-177.

buscado em todos os casos). Trata-se apenas da ideia de representação, que não exige muito mais do que empatia, humildade e boa-fé.

3.7.3.3 Apreciação crítica

Uma vez aceito que cada pessoa tem um valor intrínseco e que o Estado não flutua sobre os indivíduos como uma realidade sobre-humana – sendo, antes, um instrumento para os fins das pessoas –, é preciso que ele demonstre, na sua ação, que considera os destinos de todos como igualmente relevantes e que respeita a responsabilidade ética de cada um. Isso afasta, materialmente, decisões perfeccionistas ou paternalistas, que pretendam promover ou impor um projeto particular de vida boa em detrimento dos demais. Mas não é só isso. Como se viu, o Estado é (*rectius:* deve ser) *representativo* e disso se extrai a exigência de que todos se vejam refletidos, senão no conteúdo das decisões, ao menos no procedimento empregado para tomá-las. Isso já é suficiente para legitimar a razão pública como categoria geral: como se poderia considerar aberta e inclusiva uma deliberação baseada em argumentos sectários, que, por definição, excluem algumas pessoas? Impossível[674].

Um argumento como "uniões homoafetivas não podem ser reconhecidas porque a Bíblia as proíbe" exclui todos aqueles que, não sendo cristãos, não podem argumentar *dentro* do contexto religioso que serve de fundamento para a proposição[675]. Essas pessoas estão sendo ignoradas; os agentes que enunciam uma ideia como essa não se dirigem a elas ou, pior, demonstram pouco caso pelo fato de que não seguem essa concepção de vida. Não há como

---

[674] Essa compreensão da razão pública se aproxima da ideia de *uso público da razão*, defendida por Kant como forma de chegar ao "esclarecimento" (*Aufklärung*), a saída do ser humano da sua menoridade. Isso implica "fazer uso de seu próprio entendimento sem a direção de outro homem", o que pressupõe a liberdade de se dirigir a um auditório universal, questionando e refletindo sobre tudo. Isso se contrapõe ao *uso privado da razão*, que envolve um auditório específico ao qual se dirige alguém dotado de alguma autoridade, como um professor ou um sacerdote (KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: Que é o "Esclarecimento"? (*Aufklärung*). In: *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011, pp. 115-122). Segundo Onora O'Neill, a razão pública, para Kant, exige nada mais que "os princípios subjacentes e parâmetros de pensamento, comunicação e ação sejam acessíveis a qualquer audiência, de modo que sejam algo com o qual *possam* concordar, mesmo quando não sejam algo com que *concordem*" (O'NEILL, Onora. Political liberalism and public reason: a critical notice of John Rawls, *Political liberalism*. *The Philosophical Review*, v. 106, n. 3, pp. 411-428, July 1997, p. 427).

[675] Como aponta Eduardo Peñalver, valendo-se da doutrina de Norman Malcolm, cada religião tem um conjunto próprio de premissas elementares, o que torna as divergências religiosas "particularmente refratárias a uma solução por meio de discussão" (PEÑALVER, Eduardo. The concept of religion (Note). *The Yale Law Journal*, v. 107, pp. 791-822, 1997, p. 805).

conciliar a afirmação de que "todos são sujeitos e, por isso, merecem justificativas" com a aceitação de que as razões efetivamente apresentadas não os considerem como dignos de uma justificativa a tal ponto que sequer se reportam a eles[676].

Ademais, não se pode esperar que o livre mercado de ideias resolva o problema com que a razão pública busca lidar, ainda que ajude. É verdade que a exigência de divulgação pública de ideias pode ter como efeito inibi-las, mas isso pressupõe que a audiência julgará negativamente a pessoa que os proferir. Esse efeito não decorre direta ou necessariamente do caráter sectário do discurso, mas, em geral, da sua popularidade (em especial junto à base eleitoral, em se tratando de um agente eleito). Embora isso, em si, não seja um problema – ao contrário, é só uma consequência do regular funcionamento do processo eleitoral –, serve para mostrar que sua operação é independente da preocupação que move a ideia de razão pública. Isto é: continua existindo o problema que ela procura resolver. Fica claro, ainda, o risco que isso gera para grupos minoritários, que perdem, por definição, em qualquer concurso de popularidade. É para garantir a cidadania dessas pessoas, para assegurar que o Estado se dirija *também* a eles, apesar do seu número, que existe a razão pública.

Por isso, as advertências feitas acima conduzem, não ao afastamento da ideia de razão pública, mas ao seu emprego cuidadoso – como, aliás, parecem defender os cinco autores. Uma cautela relevante é oferecida pelo próprio Rawls: a razão pública não se aplica, como dever jurídico, aos cidadãos em geral, mas antes se restringe aos agentes públicos atuais e candidatos a cargos públicos. Outra é trazida por Habermas: na esfera pública em sentido amplo, qualquer cidadão pode expressar suas razões com base em argumentos sectários e é dever de todos ajudá-

---

[676] Nas palavras da Juíza O'Connor, da Suprema Corte dos EUA, a Constituição "proíbe o governo de fazer com que a adesão a uma religião seja relevante de qualquer forma para a condição da pessoa na comunidade política. O governo pode ir de encontro a essa proibição de duas formas principais. Uma é o excessivo enredamento com instituições religiosas [...] A segunda e mais direta ofensa é o endosso ou a rejeição governamental de uma religião. O endosso envia uma mensagem aos não aderentes no sentido de que são excluídos [*outsiders*], não membros integrais da comunidade política, e uma mensagem simultânea aos aderentes de que são incluídos [*insiders*], membros favorecidos da comunidade política. A rejeição passa a mensagem oposta" (*Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. at 687-688 (1984), O'Connor, J., *concurring*). Até porque, como observou o Tribunal Constitucional Federal alemão: "A filiação a certos grupos ou organizações encerra, normalmente, uma tal importância para a personalidade. Quando alguém faz parte deles por nascimento ou socialização, eles têm geralmente influência formadora de identidade na pessoa. Mas se a pessoa filiou-se por livre e espontânea vontade, isso revela, em regra, um alto grau de identificação com seus objetivos e formas de comportamento, podendo assumir força definidora da personalidade. O indivíduo é identificado em seu meio, em maior ou menor grau, pelas organizações ou grupos aos quais pertence. Seu prestígio não depende apenas de suas características e desempenho individuais, mas também do prestígio dos grupos aos quais pertence [...]. Isso vale especialmente para aqueles grupos ou associações que se definem como religiosos ou ideológicos, e mais ainda se estes não forem grupos religiosos ou ideológicos tradicionais, mas ocupem uma posição de minoria, sendo vistos na sociedade de forma crítica ou até mesmo rejeitados" (BVerfGE 99,185 (Scientology). In: SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução de Beatriz Hennig *et al*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 202).

lo a filtrar essas razões para que elas possam ingressar no espaço político formal[677]. Outra ainda é destacada por Ana Paula de Barcellos: a razão pública seguramente não pode exigir (ou ser usada como meio de) uniformização do debate, como se só medidas pautadas pelo pensamento liberal pudessem ser defendidas. Já Ronald Dworkin observa a impossibilidade de se decidir juridicamente sem referência a argumentos morais.

O que se exige é que o Estado seja representativo nas suas razões – *i.e.*, que as medidas tomadas e executadas com o esforço coletivo não pressuponham a adesão positiva a mais do que os valores substantivos decorrentes da igual dignidade de todos, que embasam, de um lado, os direitos fundamentais e, de outro, o processo democrático. Para além disso, o Estado assume compromissos com concepções particulares de vida boa, tomando partido em discussões que devem ser reservadas à consciência individual. Agindo em nome de todos, o Estado pode recorrer a valores fundados na imparcialidade – porque devem ser aceitos por qualquer pessoa que aceite a convivência com quem pensa de forma diversa e renuncie ao direito de lhe impor sua convicção. Incorreria em contradição quem, inserindo-se em um Estado democrático de Direito, se valesse da liberdade religiosa para postular uma verdade e do processo democrático para forçá-la sobre os demais, mas se recusasse a aceitar, em favor dos outros, os fundamentos de imparcialidade que justificam nada menos que a autonomia individual e a deliberação democrática[678].

Mas como construir uma ideia operacional de razão pública? O que conta como uma razão pública? Ao contrário do que sugere Charles Taylor, não é a divergência em relação a um tema, seu caráter controvertido, que dispara o mecanismo da razão pública – ao contrário, isso nada mais é do que uma evidência do *pluralismo*, que é uma premissa da razão pública e não um obstáculo a ela. O único objeto necessário de aceitação é a igual dignidade de todos, que serve de fundamento para todo o Estado democrático de Direito e, por isso, é pressuposta por todos os que se inserem na deliberação política e auferem as vantagens do *status* de pessoa do direito. A autorrealização ética de cada um não é garantida por se assentar em uma verdade; é a imparcialidade de um direito legítimo que protege a independência ética de *todas* as pessoas. E não há como falar em imparcialidade sem reciprocidade, de modo que a tutela recai, não

[677] O risco é aquele identificado por PEÑALVER, Eduardo. The concept of religion, cit., p. 806: "Como as crenças e práticas religiosas, em geral, não podem ser defendidas com base na noção de racionalidade de um não crente, os dissidentes religiosos são facilmente afastados como irracionais ou perseguidos como perigosas perversões da ordem natural abraçada pela maioria".

[678] GRIMM, Dieter. Conflicts between general laws and religious norms, cit., p. 2374: "A liberdade dos grupos religiosos para seguir seus mandamentos religiosos só pode ser reconhecida quando o Estado rejeita qualquer pretensão de tornar esses mandamentos universalmente vinculantes".

sobre a asserção ética em si, mas sobre o poder de fazê-la – não na resposta dada a uma questão existencial, mas no próprio direito de colocá-la e respondê-la[679]. Isso não quer dizer que qualquer concepção ética será admissível – o direito não é "neutro" nesse sentido –, mas só que a legitimação da atuação estatal não pode se dar mediante o recurso a argumentos éticos. O respeito à autodeterminação dos demais exige "das pessoas éticas 'razoáveis', a capacidade e a disposição para reconhecer os limites da universalidade e da reciprocidade e para relativizar suas concepções do bem diante das pretensões legítimas de outras pessoas"[680].

O critério não é a concordância geral com argumentos específicos – algo próprio de uma utopia ou de um regime totalitário –, mas a transposição de uma justificação adequada a um contexto ético para um contexto jurídico-político-moral. Justificar uma medida *dentro* de uma religião pressupõe a adesão positiva, como um dado objetivo, a algo que deve estar submetido às consciências individuais. O dever de se justificar diante de outrem se vincula à tentativa de indicar bases comuns, que possam servir como critérios imparciais para legitimar uma conduta (em lugar da preferência ou da vontade pessoal). Oferecem-se razões com que (se supõe) os outros concordariam[681]. Basear uma medida em uma crença é presumir que todos aceitam ou devem aceitá-la, tomando a sociedade política como uma comunidade ética, definida por uma fé: o pressuposto para que alguém acolha esse argumento é que já integre aquela comunidade ou se converta. A correlação é clara: se a ninguém é dado impor suas crenças sobre terceiros é porque estes não podem ser constrangidos a fazer ou deixar de fazer algo apenas com base nas crenças de outrem. Dessa forma, a religião não é um fundamento aceitável para os atos estatais[682].

Não há dúvida de que todas essas considerações exprimem valores liberais (igualdade e

---

[679] NICKEL, James W. Who needs freedom of religion? *University of Colorado Law Review*, v. 76, pp. 941-964, 2005, p. 957. Como aponta o autor, as liberdades religiosas são "bilaterais", no sentido de que não se baseiam no valor de uma, algumas ou todas as religiões, mas no valor que tem a própria liberdade de questionar, crer e duvidar.

[680] FORST, Rainer. *Contextos da justiça*, cit., p. 276-280.

[681] A ideia é que as razões dadas devem ser acessíveis àqueles a quem elas se dirigem e a citação de "uma fonte revelada" não tem qualquer valor recíproco (GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why deliberative democracy?*, cit., p. 144). Até mesmo grandes críticos da teoria da democracia deliberativa ressaltam esse ponto: embora não se possa afirmar que falhou uma deliberação que não tenha chegado à unanimidade, o que deve animar o debate é o ânimo de atingir um consenso. Como afirma WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*, cit., p. 91: "Tal ideal é importante no que se refere à lógica da deliberação: debater de boa fé é apresentar razões que (alguém pensa que) o outro deveria aceitar, e para duas ou mais pessoas persistirem na discussão é, para elas, perceber e buscar a possibilidade de que, no fim, as mesmas considerações convencerão a todos.

[682] PIOVESAN, Flávia. Estado laico e liberdade religiosa. *O Globo*, 29 nov. 2012, p. 19: "confundir Estado com religião implica a adoção oficial de dogmas incontestáveis, que, ao impor uma moral única, inviabiliza qualquer projeto de sociedade aberta, pluralista e democrática. A ordem jurídica em um estado democrático de direito não pode se converter na voz exclusiva da moral de qualquer religião. Os grupos religiosos têm o direito de constituir suas identidades em torno de seus princípios e valores, pois são parte de uma sociedade democrática. Mas não têm o direito a pretender hegemonizar a cultura de um Estado constitucionalmente laico".

liberdade) e há quem simplesmente não concorde com eles. Todavia, como esses valores são os únicos que podem ser aceitos a partir de uma perspectiva imparcial, que considere a todos como dotados de igual dignidade, é um imperativo de justiça aceitá-los em tese, ainda que se discutam suas aplicações concretas. Observadas essas exigências, qualquer concepção será – na expressão de Rawls – *razoável*[683] e poderá reclamar o respeito de todos. Mas sua eventual recusa em tolerar as demais torna inviável que elas mesmas possam invocar qualquer medida de tolerância, sob pena de se admitir uma inaceitável instrumentalização dos princípios de justiça. Estes devem ser aceitos integralmente, com seus ônus e bônus, e não só quando interessarem a alguém. A tolerância é necessariamente recíproca[684], até porque ela envolve o reconhecimento de si como o "outro" dos "outros". Isso não autoriza a eliminação da corrente intolerante, mas seguramente permite que seja forçada a respeitar as liberdades alheias[685]. Dessa forma, a existência dos intolerantes não infirma a razão pública, nem exige que seus argumentos sejam considerados em igualdade de condições com os demais.

O que se acaba de expor ajuda a tornar operacional a ideia de razão pública, traçando a distinção entre o que é ou não admissível. Como os temas e as questões postas são comuns a vários contextos (moral, científico etc.), não há como recorrer a critérios materiais. Por isso, o que se propõe aqui é um critério formal, relativo aos fundamentos da razão empregada: o *dogmatismo*, a remissão a uma *verdade indisponível*, assentada em uma *autoridade absoluta*, torna o argumento inadmissível na deliberação formal[686]. A elevação de todas as pessoas à condição de seres dotados de igual dignidade afasta a invocação de qualquer norma ou fonte que, situada fora da disponibilidade humana, impeça as pessoas de reverem suas instituições, petrificando o *status quo* ou instituindo uma forma de determinismo[687]. Quaisquer que sejam

---

683 Para Rawls (*O liberalismo político*, cit., p. 93), "As pessoas são razoáveis em um aspecto básico quando, entre iguais, por exemplo, estão dispostas a propor princípios e critérios como termos eqüitativos de cooperação e a submeter-se voluntariamente a eles, dada a garantia de que os outros farão o mesmo".

684 ZARKA, Yves Charles. *Difícil tolerância*, cit., p. 37.

685 Essa passagem foi desenvolvida a partir das ideias de RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, cit., pp. 266-272. Convém anotar que o filósofo chega a admitir a eliminação das correntes intolerantes quando sua força ou a velocidade do seu crescimento puserem em risco as liberdades iguais dos demais cidadãos. Ele imagina que a tendência dessas linhas seja se adaptar ao ambiente de tolerância, mas afirma depender "das circunstâncias saber se a liberdade dos intolerantes deve ser limitada para preservar a liberdade sob uma constituição justa".

686 Aparentemente no mesmo sentido, v. GRIMM, Dieter. Conflicts between general laws and religious norms, cit., p. 2374: "Reivindicações baseadas em uma verdade supostamente absoluta só podem ser suscitadas dentro do grupo religioso. Não podem ser impostas ao mundo exterior".

687 Isso está de acordo com o que Bruce Ackerman chama de *princípio da neutralidade*, que fundamentalmente veda uma justificação da autoridade política baseada na invocação de um acesso privilegiado ao universo moral que seja negado ao resto das pessoas. Ou seja: não são razões aceitáveis aquelas que envolvam a afirmação de que a concepção de bem do sujeito seja melhor que a de todos os outros, ou de que, qualquer que seja concepção de bem, o sujeito em questão seja intrinsecamente superior aos demais (ACKERMAN, Bruce A. *Social justice in the liberal state*, cit., pp. 10-11). Essa proposta se alinha também à ideia de Amy Gutmann e Dennis Thompson de

as razões apresentadas, elas não podem exonerar o sujeito da responsabilidade pelos seus atos diante dos demais. Apelar a uma verdade absoluta é definir a si e aos outros como objetos da vontade alheia – até porque não há divindade ou profecia que opere sem um intérprete humano. Como afirma Karl Jaspers, se há "uma verdade indiscutível" é que "são sempre homens que governam homens. [...] São homens que, em nome de Deus ou da verdade absoluta, reclamam para si a autoridade"[688].

A aplicação disso às religiões tradicionais é simples e não envolve maiores sutilezas. Mas o mesmo incide em outros discursos que, ao menos segundo a autocompreensão de seus adeptos, não se qualificariam como religiões. É o caso, *e.g.*, do cientificismo, das concepções deterministas da Natureza ou da História, e da doutrina *juche* da Coreia do Norte. Todas elas pressupõem verdades absolutas e só fazem sentido para quem compartilha dos seus dogmas fundamentais. Nisso elas se diferenciam, *e.g.*, das teses científicas comuns: a precariedade do conhecimento construído por estas e a remissão à simples observação empírica e ao raciocínio lógico – possíveis a qualquer pessoa – as tornam compatíveis com o reconhecimento das pessoas como agentes autônomos. Tal como a ciência, as religiões e as doutrinas semelhantes buscam o conhecimento fidedigno, mas o erro, que é integrado à primeira como parte do seu processo normal, é eliminado das segundas como heresia e exclusão.

Uma última observação antes de concluir. A ênfase na razão pública não pressupõe uma lista fixa de argumentos admissíveis e inadmissíveis, nem uma definição substantiva do que se entende por *público*. O que se pretende preservar não é um consenso efetivo, nem a liberdade das pessoas (objeto de tutela pelos direitos fundamentais), mas a possibilidade de cooperação e entendimento[689] – pressuposta pelas ideias de dignidade e democracia –, o que conduz a uma

---

que os apelos a autoridades absolutas não têm natureza de razões morais, porque "fecham as portas para qualquer possibilidade de aferição ou interpretação pública do conteúdo das asserções feitas pelas autoridade" (GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why deliberative democracy?*, cit., p. 72; tradução livre). Em uma debatida decisão, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou legítima a dissolução de um partido político na Turquia, entre outros motivos, porque ele pretenderia impor a *Shari'a*, direito islâmico, caso chegasse ao poder. Segundo a Corte, a *Shari'a*, "que reflete fielmente os dogmas e normas divinas postas pela religião, é estável e invariável. Princípios como o pluralismo na esfera pública ou a evolução constante das liberdades públicas não têm lugar nela" (*Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, § 123, 13 February 2003). Sem qualquer juízo de valor sobre o enquadramento ou não da *Shari'a* nessa descrição, é inegável que, na avaliação da Corte, a imutabilidade das instituições é incompatível com o pluralismo e um sistema igualitário de direitos humanos. V. EVANS, Carolyn; THOMAS, Christopher A. Church-State relations in the ECHR. *Brigham Young University Law Review*, v. 2006, n. 3, pp. 699-726, 2006, pp. 711-712.

688 JASPERS, Karl. *Introdução ao pensamento filosófico*, cit., p. 83.

689 BOHMAN, James. Public reason and cultural pluralism: political liberalism and the problem of moral conflict. *Political Theory*, v. 23, n. 2, pp. 253-279, May 1995, p. 267: "O ideal de cidadania comum não exige que todos os cidadãos concordem pelas mesmas razões, mas apenas que continuem a cooperar e a firmar compromissos no mesmo processo de deliberação pública".

compreensão *aberta*, *inclusiva* e *dinâmica* da esfera pública. Nesse sentido, é admissível qualquer demanda pela emancipação de uma pessoa ou um grupo contra qualquer forma de opressão, especialmente quando se tratar de mecanismos de poder reproduzidos ou protegidos pelas instituições vigentes[690]. Nas palavras de James Bohman[691]:

> Embora alguns grupos como os nazistas e os racistas sejam irrazoáveis nesse sentido, outros grupos democráticos pretendem deliberar a fim de expandir e modificar o consenso político razoável. Os movimentos abolicionistas, feministas e de direitos civis o fizeram precisamente por suscitar questões controvertidas que consideravam públicas. De fato, muitas vezes o que é controvertido nesses casos é o caráter da vida política em si mesma, assim como o sentido e o alcance dos valores políticos aceitos. Assim, o que é razoável não é o conteúdo compartilhado de valores políticos mas o reconhecimento mútuo das liberdades deliberativas de outros, as exigências do diálogo, e a abertura das próprias crenças de alguém à reflexão.

3.8 **Religião, poder e justiça: síntese das ideias centrais**

Depois de toda essa viagem, convém fazer uma breve parada para organizar as ideias. O panorama histórico e sociológico exposto acima mostra, para além de qualquer dúvida, que a religião não é apenas mais um ator na trama da política, mas, ao contrário, sempre disputou o papel de protagonista, quando já não o tivesse. As instituições religiosas – como quaisquer outras instituições sociais – são *loci* para o exercício de poder, notadamente porque controlam o acesso a uma espécie de saber, bem como a sua reprodução e a sua atualização. Mais do que isso, as religiões oferecem uma narrativa completa, que dá sentido a toda a existência humana – a ponto de explicar e justificar o sacrifício e a morte. Nesse sentido, o discurso religioso se apresenta como um dos maiores aliados e, por isso, um dos piores inimigos com que qualquer outro aspirante ao poder deve contar. O próprio desenvolvimento (histórico e teórico) da figura

---

[690] A denúncia de uma compreensão da dicotomia público/privado que se revela opressora é uma marca do pensamento feminista. Ao imunizar a "esfera privada" de qualquer debate público, o pensamento dominante naturaliza e reproduz as estruturas de dominação que se situam, por exemplo, dentro das famílias, em detrimento da mulheres e dos filhos. V., *e.g.*, OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. *Estudos Feministas*, v. 16, n. 2, p. 305-332, maio/ago. 2008; FRASER, Nancy. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. In: CALHOUN, Craig (Ed.). *Habermas and the public sphere*. Cambridge: MIT, 1993, p. 128 e ss.; KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*, cit., p. 317 e ss.; GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*, cit., p. 97 e ss. Como observa Rainer Forst (*Contextos da justiça*, cit., pp. 279-280): "O que importa é que a autodeterminação ética (por exemplo, também de minorias culturais) não seja impedida por meio de normas jurídicas excludentes. E somente um direito que ergue a aspiração de ser justificado universal e reciprocamente pode se abrir para pretensões de reconhecimento até então excluídas – contudo, as de reconhecimento *igual* de pessoas particulares por meio do direito: o *status* da pessoa do direito permanece um *status* de igualdade".

[691] BOHMAN, James. *Op. cit.*, p. 264.

do Estado dá conta dessa importância.

De fato, a relação entre o Estado e a religião está longe de se acomodar à simplicidade que a doutrina da soberania sugere, com o Poder Público se impondo e ponto final. Ao revés, o que se viu foi que o Estado surgiu como um projeto de poder em que as elites seculares se emanciparam e subordinaram as autoridades religiosas. Apropriada pelos governantes civis, a religião se tornou uma arma na guerra do Estado contra seus inimigos – meio de legitimação de um poder absoluto, que tentou ser, na política, o que Deus era para a Criação. Perseguida ou instrumentalizada pelo Estado, a religião acabou sendo a porta-voz de um movimento pela liberdade que, no entanto, se satisfazia com a sua própria libertação. O discurso da tolerância só teve fôlego onde a força não foi capaz de sufocar o pluralismo, e nos exatos limites do necessário – no Ocidente, em geral, o máximo de amplitude que se alcançava abrangia apenas cristãos.

No Brasil, onde a homogeneidade foi a marca e a diversidade, largamente combatida – em especial quando associada aos indígenas ou negros –, a cultura política sempre preservou uma aliança explícita ou oficiosa entre as autoridades civis e a Igreja Católica. A aliança continua existindo, embora tenha se expandido para acomodar o crescimento dos evangélicos. Aqui e em outras partes do mundo, vínculos como esse geram vantagens para ambos os lados, sendo especialmente proveitosos para as confissões dominantes, quando associados ao reconhecimento da liberdade religiosa em seu favor: o Estado passa a poder ser empregado como veículo ou instrumento da sua mensagem de fé ou de seus projetos de poder, sem que isso resulte no controle estatal sobre as organizações religiosas – como ocorre muitas vezes com as "Igrejas nacionais". Tudo isso suscita uma reflexão importante sobre o que é o Estado e a quem ele deve servir. A César o que é de César, e a Deus o que é de Deus – mas caberia a César servir a Deus? É preciso fazer uma crítica às instituições.

Para bem ou para mal, o Estado pode ou não cumprir a lei divina e nunca se poderá ter certeza se ele efetivamente o fez ou deixou de fazê-lo. Se Deus age na política, o faz por meio de terceiros e, por pior que seja, a diferença, na prática, entre o iluminado, o oportunista e o charlatão depende só da opinião de cada um. No fim das contas, portanto, impor a vontade de Deus nada mais é que fazer valer a posição de um ou de alguns a respeito da vontade de Deus. Dito de outra forma, é transformar em verdade o que é apenas uma opinião. Qualquer que seja a ascendência d'Ele sobre as pessoas, nada justifica uma hierarquia entre elas. Com ou sem sanção divina, a política se apresenta aqui e agora, sendo travada apenas entre indivíduos de carne e osso. Qualquer que seja o mandato ou a inspiração que se tenha para agir – venha ela deste ou de outro plano da existência –, no fim das contas o que se tem são pessoas e estas

devem se justificar diante de seus semelhantes.

O reconhecimento desse ponto não exige que cada um abra mão da própria fé, mas simplesmente que não a imponha aos demais. Tampouco abona a proclamação do secularismo ou do naturalismo como fontes da "verdade". Ao contrário, cuida-se da negação de qualquer tipo de verdade absoluta ou autoridade inquestionável que seja publicamente estabelecida como critério de validação universal. O que há, em todos os lados, são razões e opiniões, e nada mais.

A abolição das hierarquias "naturais" leva a que se veja a política como um conjunto de relações entre iguais – fins em si mesmos que não podem ser tornados meios para as finalidades alheias. Consequentemente, cabe a cada um identificar o que seja uma vida boa e se conduzir a partir disso como entender melhor. Isso já bloqueia a pretensão que alguém poderia ter no sentido de impor um ideal de excelência pessoal (perfeccionismo) ou de decidir por terceiros, adultos no pleno domínio de suas faculdades mentais, o que seria melhor para eles (paternalismo). Não que quem tenha essa pretensão esteja errado ou mal-intencionado; a preocupação não é com as credenciais de quem impõe, mas com a imposição em si mesma: é a autonomia do outro que a veda, e lhe garante inclusive o direito de errar. E de pecar.

Pouco importa de onde venha o padrão ético em questão, ou mesmo que ele seja sancionado pela autoridade do príncipe, da maioria ou do constituinte – ninguém pode legitimamente impor a terceiros uma concepção de vida boa, eticamente valiosa (ou, o que dá no mesmo, proibir que adotem a que considerem melhor). O Estado não é uma entidade transcendente, pairando sobre os cidadãos como os deuses no Olimpo, mas só o termo usado para se referir a "todos os cidadãos". Se *somente* cada indivíduo tem competência para definir para si um padrão de vida boa, é porque *ninguém mais* pode fazê-lo para ele. E "ninguém mais" seguramente inclui "todos os cidadãos" – *i.e.*, o Estado.

Como se vê, é a partir de uma perspectiva imparcial que se constrói um espaço de autodeterminação pessoal em que a liberdade religiosa se apresenta destacada. Não há como dizer que as pessoas são livres para assumir sua identidade ética, senão a partir de um ponto de vista em que a adesão a uma ou outra concepção de vida boa seja irrelevante. Mas essa imparcialidade tem outras consequências, para além da afirmação da liberdade individual – em particular, ela situa o quadro normativo-institucional onde se travam as relações políticas em uma posição de equidistância em relação a todos. Em termos jurídicos, as pessoas só são livres para seguir a religião que entenderem por bem porque o Estado tem o dever de tratar a todas igualmente. Disso se extrai que ninguém e nenhum grupo pode se apropriar das instituições, moldando-as à sua imagem e semelhança, e fazendo delas uma extensão de sua própria identidade. Para permanecer imparcial, o Estado não pode se identificar com qualquer

concepção de vida boa.

Essas ideias centrais serão fundamentais para a adequada compreensão das cláusulas constitucionais reletivas à religião – e, em alguma medida, já foram incorporadas ao discurso corrente do direito constitucional, embora nem sempre de forma coerente. Daqui para a frente o trabalho assumirá outra perspectiva, adotando um foco especificamente jurídico. O que importará a partir de agora é a tradução, no direito, das noções de autodeterminação pessoal e imparcialidade, tendo em conta especificamente o problema da religião.

4 **A RELIGIÃO NO DIREITO INTERNACIONAL**

4.1 **Os grandes marcos internacionais**

Segundo a *Carta das Nações Unidas*, um dos propósitos da Organização é garantir a cooperação internacional, entre outros fins, "para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião"[692], cabendo à Assembleia Geral iniciar estudos e fazer recomendações nesse sentido[693]. Tudo isso é considerado um meio para assegurar estabilidade e bem-estar, além de relações amistosas e pacíficas entre os Estados[694].

Nessa linha, a Assembleia aprovou, sem votos em contrário[695], a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*[696], considerada um marco no tema, que serve desde então como referência mundial – uma "pedra angular"[697] – em matéria de direitos humanos. Embora formalmente não se reconheça força normativa à Declaração[698], sua progressiva incorporação ao discurso da ONU e dos Estados, além das manifestações oficiais e da jurisprudência dos órgãos internacionais e supranacionais de direitos humanos[699], sugere que suas disposições já podem ter assumido normatividade por força do costume internacional ou como princípios

---

[692] Carta das Nações Unidas (São Francisco, EUA, 1945; Dec. nº 19.841/1945), art. 1.3. Esse princípio é textualmente destacado também como um dos objetivos básicos do "sistema de tutela" (art. 76, *c*) – aplicável a territórios sob administração internacional –, que substituiu o modelo de "mandato" praticado pela Liga das Nações.

[693] Carta das Nações Unidas, art. 13.1, *b*.

[694] Carta das Nações Unidas, art. 55, *c*.

[695] A resolução foi aprovada por 48 votos favoráveis, 0 desfavoráveis e 8 abstenções – sendo estas correspondentes aos países do bloco soviético (Bielorrússia, Iugoslávia, Polônia, Tchecoslováquia, Ucrânia e União Soviética), à Arábia Saudita e à África do Sul. V. UNBISNET – United Nations Bibliographic Information System. Disponível em: <https://goo.gl/9U47LT>. Acesso em: 30 jan. 2016.

[696] Resolução nº 217(III)A, de 10 de dezembro de 1948.

[697] BADILLA POBLETE, Elvira. El concepto de libertad religiosa en algunos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que vinculan jurídicamente al Estado de Chile. *Revista Chilena de Derecho*, v. 35, n. 2, pp. 341-364, 2008, p. 345.

[698] Tratando da controvérsia, v. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. rev. e ampl. v. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 869.

[699] Como bem observa Ian Brownlie, a Declaração comprova que "o impacto normativo de um instrumento não depende necessariamente de seu *status* jurídico formal", sendo "um bom exemplo de prescrição informal que obteve relevância jurídica como decorrência das ações dos órgãos de decisão oficiais" (BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 534-535).

gerais do direito[700].

Tal como a Carta da ONU, a Declaração menciona a religião inicialmente para vedar o tratamento discriminatório no que se refere à fruição dos direitos humanos (art. 2º). Assim, a crença não é fundamento para que se negue ou restrinja o gozo de algum dos direitos nela previstos[701]. Isso é garantido pela exigência de igual proteção jurídica consagrada pelo art. 7º da mesma Declaração[702]. Também se exige que a educação seja voltada, entre outros fins, "ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais" e favoreça "a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos" (art. 26.2). Ao lado das liberdades de pensamento e consciência, a liberdade religiosa é prevista no art. 18, que dispõe:

> Toda 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.

A amplitude do direito é evidente: além de incluir uma grande liberdade em matéria de crença – *i.e.*, definir e modificar a orientação que se tenha em matéria de religião –, o documento registra que essa proteção se estende à expressão e à prática das convicções, podendo cada um manifestá-las em público ou em particular, individual ou coletivamente, não só nos ritos e festividades, mas também na vida cotidiana e na propagação das suas ideias.

A própria Declaração antecipa que nenhum desses direitos é absoluto, mas as restrições aplicáveis devem ser estabelecidas por lei, só sendo admissíveis quando buscarem "promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática" (art. 29.2).

Em linhas gerais, isso foi incorporado pelo *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, aprovado em 1966 pela Assembleia Geral da ONU[703], cuja obrigatoriedade é

---

[700] SHAW, Malcolm N. *International Law*. 4th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997, p. 207.

[701] DUDH, art. 2º: "Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania". De forma específica, proíbe-se que a religião seja usada como critério para negar a alguém o direito de casar e constituir família (art. 16.1).

[702] DUDH, art. 7º: "Todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação".

[703] Resolução nº 2200(XXI). Foi preciso esperar o fim da Ditadura Militar para que o Pacto fosse aprovado e

absolutamente pacífica: trata-se de um diploma normativo, que vincula juridicamente os Estados – inclusive o Brasil –, atribuindo-lhes uma série de deveres. Embora caiba às autoridades de cada país definirem a melhor forma de implementar suas normas – o que lhes confere uma ampla margem de discricionariedade –, não é suficiente a mera adaptação do direito interno para que as exigências do diploma sejam atendidas. Da mesma forma, não basta que os Estados "apenas" respeitem os direitos; é preciso que ajam concretamente no sentido de assegurar que as pessoas fruam deles de forma efetiva[704].

Tal como a Declaração, o Pacto veda que os direitos que ele estabelece sejam negados a alguém com base apenas em sua orientação religiosa (art. 2º)[705], em particular no que se refere às crianças (art. 24.1)[706] – exigência aplicável até às medidas tomadas nas situações de emergência constitucional (art. 4º.1)[707]. Mais que isso, impõe-se aos Estados o dever não só de garantir igual proteção jurídica a todos (art. 26)[708], mas também de vedar "qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência" (art. 20). A liberdade religiosa é prevista no art. 18 do Pacto, que estabelece[709]:

> **Artigo 18**
>
> 1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como

promulgado no Brasil, o que acabou ocorrendo, respectivamente, por meio do Dec. Leg. nº 226/1991 e do Dec. nº 592/1992.

[704] Em particular, é preciso que os Estados divulguem internamente o conteúdo do Pacto, não só para ciência das pessoas em geral, mas também para conhecimento das autoridades administrativas e judiciais. V. UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *General comment no. 31:* the nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 1326 May 200429 July 1981. Disponível em: <https://goo.gl/aGAzqB>. Acesso em: 26 dez. 2016.

[705] PIDCP, art. 2º: "Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo. língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição".

[706] PIDCP, art. 24.1: "Toda criança terá direito, sem discriminação alguma por motivo de cor, sexo, língua, religião, origem nacional ou social, situação econômica ou nascimento, às medidas de proteção que a sua condição de menor requerer por parte de sua família, da sociedade e do Estado".

[707] PIDCP, art. 4.1: "Quando situações excepcionais ameacem a existência da nação e sejam proclamadas oficialmente, os Estados Partes do presente Pacto podem adotar, na estrita medida exigida pela situação, medidas que suspendam as obrigações decorrentes do presente Pacto, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhes sejam impostas pelo Direito Internacional e não acarretem discriminação alguma apenas por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião ou origem social".

[708] PIDCP, art. 26: "Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação".

[709] As transcrições em português do Pacto foram extraídas do Dec. nº 592/1992.

> privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.
> 2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.
> 3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas à limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.
> 4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais 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.

A centralidade do tema é tamanha que nem quando a existência do Estado esteja em perigo se admite a suspensão desse dispositivo[710]. Seu núcleo é o art. 18.1, que basicamente repete – e, por isso, reveste de normatividade plena – seu correlato na Declaração Universal. No *General Comment* dedicado ao tema, o Comitê de Direitos Humanos da ONU enunciou, de forma analítica, sua interpretação do dispositivo. Dentre os pontos mencionados, destacam-se os seguintes:

(i) o art. 18 protege qualquer postura em relação à religião[711], incluindo crenças teístas, não-teístas e ateístas, assim como o direito de não professar nenhuma crença ou religião[712], devendo esses termos serem interpretados de forma ampla (*i.e.*, não se limitando a denominações tradicionais, mais institucionalizadas ou com elementos ou práticas semelhantes às religiões tradicionais)[713];

(ii) resulta dos arts. 18.2, e 17[714] do Pacto, interpretados em conjunto, que ninguém

---

[710] PIDCP, art. 4.2: "A disposição precedente não autoriza qualquer suspensão dos artigos 6, 7, 8 (parágrafos 1 e 2) 11, 15, 16, e 18". O dispositivo anterior foi transcrito na nota nº 707, a que se remete, por concisão. Isso faz com que alguns autores defendam um *status* especial desse direito no contexto internacional (v. LITTLE, David. Does the human right to freedom of conscience, religion, and belief have special status? *Brigham Young University Law Review*, n. 2, pp. 603-610, 2001).

[711] Embora a religião seja o tema central deste estudo, convém ressaltar que, na opinião do Comitê, as liberdades de pensamento, consciência e religião não se identificam – *i.e.*, a liberdade de formar a própria convicção não se limita à esfera religiosa, mas abrange, *e.g.*, opiniões políticas. Nesse sentido, decidiu-se que afrontaria o art. 18 do Pacto o "sistema de conversão de ideologia" aplicado pela Coreia do Sul para induzir a mudança de orientação ideológica de presos políticos. O Comitê "observa que a natureza coercitiva desse sistema [...], que é aplicado de forma discriminatória com o propósito de alterar a opinião política de um interno ao oferecer induzimentos de tratamentos preferenciais dentro da prisão e possibilidades mais favoráveis de liberdade condicional. O Comitê considera que tal sistema [...] restringe a liberdade de expressão e de manifestação da crença de forma discriminatória com base na opinião política e, por isso, viola os artigos 18, parágrafo 1, e 19, parágrafo 1, ambos em conjunto com o artigo 26" (UNITED NATIONS. Human Rights Committee. Communication No. 878/1999, *Yong-Joo Kang v. Republic of Korea*, Views Adopted on 16 July 2003).

[712] UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *General comment no. 22:* Article 18 (Freedom of thought, conscience or religion), CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 27 September 1993, § 2. Disponível em: <https://goo.gl/NlrKZT>. Acesso em: 30 jan. 2016.

[713] *Loc. cit.*

[714] Esse dispositivo versa sobre os direitos à privacidade e à honra. V. PIDCP, art. 17: "1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas."

pode ser forçado a revelar suas crenças ou opiniões em matéria de religião[715];

(iii) a proteção ao *culto* inclui os atos rituais e cerimoniais que são "direta expressão" da crença, além das demais condutas associadas a eles (*e.g.*, a construção dos lugares de culto, a exibição de símbolos e a observância de feriados e dias de repouso)[716]; já a *observância* e a *prática* da religião[717] não envolvem só os atos cerimoniais, mas também costumes de alimentação, vestuário, participação em ritos de passagem e uso de certas línguas; quanto ao *ensino* da religião[718], abarca os atos necessários para a adequada condução das atividades básicas dos grupos religiosos, como, *e.g.*, a escolha dos líderes, sacerdotes e professores de religião, a instituição de seminários e escolas religiosas, e a distribuição de textos e publicações religiosas[719];

(iv) o art. 18 inclui o direito de mudar de orientação religiosa, seja aderindo a outra crença, seja deixando de crer em uma religião, bem como o direito de manter a crença que já se tem, sendo certo que a vedação à coerção prevista no art. 18.2, não alcança só a ameaça de violência física ou de penas criminais, mas também restrições ao acesso a outras prestações fundamentais (como saúde, educação, trabalho) impostas com a finalidade de compelir alguém a seguir ou deixar de seguir certa orientação religiosa[720];

(v) as restrições a esses direitos somente são admissíveis se estiverem fundadas nas razões indicadas no art. 18.3, não se permitindo a invocação de outras causas,

---

[715] UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *General comment no. 22*, cit., § 3.

[716] Segundo o Comitê, extrai-se do art. 18 que tanto o casamento civil quanto o religioso devem ser reconhecidos, mas nada impede que os Estados imponham a repetição, a confirmação ou o registro das uniões religiosas para que produzam efeitos civis. V. *General comment no. 19:* Article 23 (The family), 27 July 1990. Disponível em: <https://goo.gl/5bPUa4>. Acesso em: 31 jan. 2016.

[717] Há uma pequena diferença entre os textos em inglês e em português. Em inglês, a parte final do art. 18.1, é "*freedom* [...] *to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching*", que, literalmente, poderia ser traduzida como "liberdade […] para expressar sua religião ou crença por meio do culto, da observância, da prática e do ensino". Não foi assim, contudo, que o texto do Pacto foi promulgado pelo Dec. nº 592/1992. Por isso, o registro se tornou necessário para que se compreendesse o raciocínio do Comitê de Direitos Humanos, que, naturalmente, não trabalhou sobre a tradução brasileira.

[718] Em uma decisão, "o Comitê observa que, para diversas religiões [...], é um preceito central disseminar o conhecimento, propagar suas crenças a outros e prover assistência a terceiros. Esses aspectos são parte da manifestação da religião e da liberdade de expressão de um indivíduo, e estão, pois, protegidos pelo artigo 18, parágrafo 1º, na medida em que não sejam adequadamente restringidos por medidas consistentes com o parágrafo 3" (UNITED NATIONS. Human Rights Committee. Communication No. 1249/2004, *Sister Immaculate Joseph* et al., Views adopted on 21 October 2005, § 7.2).

[719] UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *General comment no. 22*, cit., § 4.

[720] *Ibid.*, § 5.

ainda que previstas em outros dispositivos do Pacto (*e.g.*, segurança nacional); é ônus do Estado provar que as medidas restritivas são necessárias e proporcionais aos fins a que se destinam[721];

(vi) como a *moral* deriva de várias tradições filosóficas e religiosas, o recurso a ela como fundamento de medidas restritivas deve se basear em "princípios que não derivem exclusivamente de uma única tradição"[722];

(vii) por força do art. 20 do Pacto, não se admitem expressões de crença ou religião que sirvam como propaganda em favor da guerra ou defesa de ódio nacional, racial ou religioso capaz de incitar discriminações, hostilidades ou violência[723];

(viii) o art. 18.4, não impede que o sistema público de educação verse sobre questões morais controvertidas ou sobre a história geral da religião, desde que isso seja conduzido de forma imparcial e objetiva; mas é incompatível com o ensino de uma religião específica, pelas escolas públicas, salvo se for possível acomodar a vontade dos pais ou tutores por meio de exceções não-discriminatórias[724];

(ix) O fato de um conjunto de crenças ser oficial, tradicional ou majoritário em um Estado ou segundo o partido no poder não pode resultar em restrições a quem não as professe no que se refere ao gozo dos direitos previstos no Pacto[725];

(x) Revendo orientação inicial em sentido contrário[726], o Comitê afirma que embora o Pacto não preveja explicitamente um direito à objeção de consciência em matéria de serviço militar, este "pode ser extraído do artigo 18, na medida em que o dever de usar força letal pode conflitar seriamente com a liberdade de consciência e o direito de expressar a própria religião ou crença"[727]. Em qualquer

---

[721] UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *General comment no. 22*, cit., § 8.

[722] *Loc. cit.*

[723] *Ibid.*, § 7.

[724] *Ibid.*, § 6.

[725] *Ibid.*, §§ 9 e 10.

[726] *Id. L.T.K. v. Finland*, Communication No. 185/1984, Declared inadmissible on 9 July 1985. In: UNITED NATIONS. *Selected decisions of the Human Rights Committee under the optional protocol*. v. 2. New York: United Nations, 1990, p. 62 (§ 5.2): "O Comitê de Direitos Humanos observa […] que, de acordo com a narrativa do próprio autor, ele não foi processado e punido por causa de suas crenças ou opiniões como tais, mas porque se recusou a prestar o serviço militar. O Pacto não prevê um direito à objeção de consciência [...]".

[727] *Id. General comment no. 22*, cit., § 11. No julgamento conjunto dos casos de dois homens testemunhas de Jeová, punidos por se recusarem a prestar o serviço militar na Turquia, o Comitê afirmou que "o direito à objeção de consciência ao serviço militar é inerente ao direito à liberdade de pensamento, consciência e religião. Ele atribui a todo indivíduo um isenção do serviço militar compulsório se este não puder ser conciliado com a religião ou as crenças do sujeito. Esse direito não pode ser prejudicado por meio de coerção. Um Estado Parte pode, se quiser, exigir de quem levanta a objeção que realize uma alternativa civil ao serviço militar, fora da esfera militar e não

> caso, previsto o direito na legislação doméstica, não pode haver discriminação entre aqueles que o invoquem, com fundamento em suas crenças específicas[728].

Ainda quando ao tema, é relevante também o art. 27 do Pacto Internacional, que versa sobre os direitos culturais dos grupos minoritários[729]. Segundo o Comitê de Direitos Humanos da ONU[730], os titulares desses direitos são os indivíduos que integram esses grupos, e não propriamente estes últimos, sendo irrelevante que essas pessoas sejam ou não nacionais do Estado em tela, ou residentes em caráter permanente. Além de respeitarem esses direitos, as autoridades estatais devem garantir sua proteção em face de terceiros, podendo ser exigíveis, ainda, medidas positivas que ofereçam um tratamento diferenciado aos membros dos grupos minoritários, como forma de corrigir condições fáticas que indevidamente impeçam ou restrinjam a fruição, por eles, dos direitos previstos no art. 27.

Especificamente em relação às mulheres[731], assume particular relevância o art. 3º do Pacto, que trata da igualdade de gênero[732]. Em seu comentário, o Comitê destaca que a religião é um dos principais fundamentos da desigualdade de tratamento das mulheres, e exige que os Estados tomem medidas para impedir que isso repercuta na fruição dos direitos previstos no Pacto[733]. Nem a proteção das culturas minoritárias (art. 27) justifica posturas de discriminação

---

sob comando militar. O serviço alternativo não pode ter natureza punitiva, mas deve antes ser um efetivo serviço em prol da comunidade e compatível com o respeito aos direitos humanos (Communications Nos. 1853/2008 and 1854/2008, *Cenk Atasoy* (1853/2008), *and Arda Sarkut* (1854/2008) *v. Turkey*, Views adopted on 29 March 2012, § 10.4). Na mesma linha, v. Communication Nos. 1321/2004 and 1322/20014, *Yeo-Bum Yoon and Mr. Myung-Jin Choi v. Republic of Korea*, Views adopted on 3 November 2006; e Communication Nos. 1593 to 1603/2007, *Eu-min Jung* et al., Views adopted on 23 March 2010.

[728] UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *General comment no. 22*, cit., § 11.

[729] PIDCP, art. 27: "Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua". O tema é desenvolvido pela *Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Étnicas, Religiosas e Linguísticas*, de 1992, adotada pela Resolução nº 47/137 da Assembleia Geral da ONU. Especificamente quanto aos indígenas, há, ainda, a *Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas*, adotada em 2007 pela Resolução nº 61/295 da Assembleia Geral da ONU.

[730] UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *General comment no. 23:* Article 27 (Rights of minorities), 26 April 1994. Disponível em: <https://goo.gl/cG2tx3>. Acesso em: 31 jan. 2016.

[731] O tema foi posteriormente desenvolvido pela *Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*, adotada em 1979 pela Resolução nº 34/180 da Assembleia Geral da ONU. No Brasil, foi inicialmente aprovada pelo Dec. Leg. nº 93/1983 e promulgada pelo Dec. nº 89.460/1984. Com a retirada das reservas feitas inicialmente, a Convenção foi depois aprovada e promulgada, na íntegra, respectivamente, pelo Dec. Leg. nº 26/1994 e pelo Dec. nº 4.377/2002.

[732] PIDCP, art. 3º: "Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar a homens e mulheres igualdade no gozo de todos os direitos civis e políticos enunciados no presente Pacto".

[733] UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *General comment no. 28:* Article 3 (The equality of rights between men and women), CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 29 Mar 2000, §§ 5 e 28. Disponível em:

em relação às mulheres[734]. Além disso, restrições de vestuário dirigidas a elas podem afrontar, entre outras disposições, os arts. 18 e 27 do Pacto, quando não corresponderem à orientação religiosa ou à filiação cultural das atingidas[735]. Quanto à liberdade de crença, aponta-se que a liberdade garantida pelo diploma torna vedada, inclusive, a exigência do consentimento de terceiros ou a interferência de pais, maridos ou irmãos para que as mulheres adotem, mudem ou conservem uma religião[736]. Tampouco se pode restringir seu direito de se casar e constituir família com homens sem religião ou que professem outras crenças, sendo que, ainda segundo o Comitê, a igualdade de gênero veda a poligamia[737]. A educação religiosa dos filhos também deve ser conduzida, em condições de paridade, pelo pai e pela mãe[738].

Embora não dedique muita atenção ao tema, também o *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*[739] deve ser mencionado. Tal como o anterior, ele se ocupa de dar normatividade a algumas previsões da Declaração Universal. Assim, além de proibir a discriminação religiosa quanto à fruição dos direitos que prevê (art. 2.2)[740], registra

<https://goo.gl/4D4mFh>. Acesso em: 31 jan. 2016.

[734] *Ibid.*, § 32.

[735] *Ibid.*, § 13.

[736] *Ibid.*, § 21.

[737] O texto é bastante enfático: "Também deve ser observado que a igualdade de tratamento em relação ao direito de se casar implica que a poligamia é incompatível com esse princípio. A poligamia viola a dignidade das mulheres. É uma discriminação inadmissível contra as mulheres. Por via de consequência, ela deve ser definitivamente abolida onde quer que continue a existir" (*Ibid.*, § 24). A mesma linha foi defendida em manifestação conjunta do Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher e do Comitê sobre os Direitos da Criança: "A poligamia ofende a dignidade das mulheres e das meninas e viola seus direitos e liberdades humanos, inclusive a igualdade e a proteção dentro da família. A poligamia varia entre, e dentro, de diferentes contextos jurídicos e sociais e seus impactos incluem: danos à saúde das esposas, compreendida como o bem-estar físico, mental e social; prejuízos materiais e privações que as esposas estão expostas a experimentar; e danos emocionais e materiais aos filhos, frequentemente com graves consequências sobre seu bem-estar. [...] Os Estados Partes da [Convenção para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher] têm obrigações explícitas de desencorajar e proibir a poligamia, já que ela é contrária à Convenção. O [Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher] também sustenta que a poligamia gera ramificações significativas para o bem-estar econômico das mulheres e seus filhos" (UNITED NATIONS. Committee on the Elimination of Discrimination against Women; Committee on the Rights of the Child. *Joint general recommendation/General comment no. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women and no. 18 of the Committee on the Rights of the Child on harmful practices*, 4 November 2014, §§ 24 e 27. Disponível em: <https://goo.gl/nBESlR>. Acesso em: 31 jan. 2016).

[738] *Id.*, Human Rights Committee. *General comment no. 28*, cit., § 25.

[739] Adotado em 1966 pela Resolução nº 2200(XXI) da Assembleia Geral da ONU. No Brasil, aprovado pelo Dec. Leg. nº 226/1991 e promulgado pelo Dec. nº 591/1992.

[740] No âmbito das relações de trabalho, isso assume particular relevância no que se refere à igualdade de tratamento e de oportunidades. Na tentativa de envolver os Estados na eliminação dessas disparidades, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) aprovou a Convenção nº 111, sobre discriminação em matéria de emprego e profissão, considerada uma das oito "convenções fundamentais" da OIT. Em particular, constitui discriminação "toda distinção, exclusão ou preferência fundada na [...] religião [...] que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão". A Convenção nº 111 foi adotada pela Conferência Geral da OIT em 1958, aprovada pelo Dec. Leg. nº 104/1964 e promulgada pelo Dec. nº

que a educação "deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos" (art. 13.1). Na mesma linha, garante o direito dos pais ou tutores de fazer com que seus filhos recebam instrução religiosa (art. 13.3)[741] e demanda o reconhecimento do direito de todos participarem da vida cultural e de desfrutar dos benefícios do progresso[742] científico e suas aplicações (art. 15.1, *a* e *b*) – o que preocupa principalmente em relação ao tratamento das mulheres[743].

4.2 Diplomas temáticos

4.2.1 Convenções de Genebra

As Convenções de Genebra de 1949[744], relativas ao direito da guerra, também proíbem

62.150/1968. Salvo pela adaptação à ortografia atual da língua portuguesa, os trechos transcritos foram extraídos do decreto presidencial de promulgação.

[741] O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU interpreta esse dispositivo em plena sintonia com a leitura feita pelo Comitê de Direitos Humanos a respeito do art. 18.4 do PIDCP. Confira-se: "A opinião do Comitê é no sentido de que esse elemento do artigo 13 (3) permite a instrução, em escolas públicas, em matérias como a história geral das religiões e a ética, se isso se der de uma forma não tendenciosa [*unbiased*] e objetiva, respeitando as liberdades de opinião, consciência e expressão. Ele destaca que o sistema público de educação que incluir o ensino de determinada religião ou crença será incompatível com o artigo 13 (3), a não ser que se prevejam exceções ou alternativas não discriminatórias que acomodem a vontade dos pais e tutores" (UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *General comment no. 13:* The right to education (article 13 of the Covenant), E/C.12/1999/10 8 December 1999, § 28. Disponível em: <https://goo.gl/6mFJdI>. Acesso em: 31 jan. 2016).

[742] Aqui também há uma divergência entre o texto em inglês e a tradução promulgada no Brasil. No texto do Dec. nº 591/1992, fala-se em "processo científico", enquanto o original menciona "*scientific progress*" (progresso científico).

[743] Segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, a implementação desse dispositivo demanda, entre outros, "a superação das barreiras institucionais e demais obstáculos, tais como aqueles fundados em tradições culturais e religiosas, que impedem as mulheres de participarem integralmente da vida cultural, e da educação e da pesquisa científica, e o encaminhamento de recursos para pesquisas científicas relacionadas às necessidades de saúde e econômicas das mulheres em bases iguais às dos homens" (UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *General comment no. 16:* The equal right of men and women to the enjoyment of all economic, social and cultural rights (art. 3 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/2005/411 11 August 2005, § 31. Disponível em: <https://goo.gl/L07DgF>. Acesso em 31 jan. 2016).

[744] Assinadas em 1949, foram aprovadas, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 35/1956 e promulgadas pelo Decreto nº 42.121/1957. São elas: I) Convenção para a melhoria da sorte dos feridos e enfermos dos exércitos em campanha; II) Convenção para a melhoria da sorte dos feridos, enfermos e náufragos das forças armadas no mar; III) Convenção relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra; e IV) Convenção relativa a proteção dos civis

discriminações baseadas na religião[745], preveem regras específicas e condições mais favoráveis para o pessoal religioso (capelães)[746], e exigem que, tanto quanto possível, os corpos dos mortos sejam tratados segundo suas crenças[747]. Também definem que os prisioneiros de guerra têm liberdade para exercer sua religião, desde que observadas as medidas de disciplina "normais" estabelecidas pelas autoridades militares[748], sendo reservados locais adequados para os atos religiosos[749]. Capelães capturados devem ser autorizados a oferecer a assistência que lhes cabe aos prisioneiros, tendo liberdade de correspondência ("sujeita a censura") com as autoridades eclesiásticas do lugar e as organizações religiosas militares[750]. O mesmo regime se aplica aos prisioneiros que, não sendo capelães, sejam ministros religiosos[751]. Além disso, deve-se facilitar a prática da religião por menores de quinze anos que fiquem órfãos ou se separem de suas famílias[752]. Potências ocupantes devem autorizar a atuação de ministros religiosos em favor de suas comunidades[753] e os civis que venham a ser "internados", por motivo de segurança[754], têm o direito de praticar sua religião[755].

4.2.2 Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino

No que interessa ao presente estudo, a Convenção[756] – na linha dos diplomas anteriores

em tempo de guerra. As transcrições foram extraídas do decreto presidencial.

[745] Convenção I, arts. 3º, nº 1; 12; 31; Convenção II, art. 3º, nº 1; 12; Convenção III, arts. 3º, nº 1; 16; Convenção IV, arts. 3º, nº 1; 13; 27.

[746] Convenção I, arts. 6º e 7º; Convenção II, arts. 6º; 7º; 36 e 37.

[747] Convenção I, art. 17; Convenção III, art. 120; Convenção IV, art. 130.

[748] Convenção III, arts. 34 e 37. O prisioneiros são autorizados a receberem remessas de artigos necessários à prática da sua religião (Convenção III, art. 72).

[749] Convenção III, art. 35.

[750] Convenção III, art. 35.

[751] Convenção, III, art. 36.

[752] Convenção IV, art. 24.

[753] Convenção IV, art. 58.

[754] A Convenção IV prevê que a Potência ocupante pode impor o internamento ou a colocação de civis em residências fixadas (art. 41 e ss.).

[755] Convenção IV, art. 93 e ss.

[756] Adotada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) em 1960. No Brasil, foi aprovada pelo Dec. Leg. nº 40/1967 e promulgada pelo Dec. nº 63.223/1968. Salvo quanto à adaptação à grafia atual da língua portuguesa, os trechos transcritos foram extraídos de:

– insiste na exigência de que a educação seja voltada a "favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações, todos os grupos raciais ou religiosos" (art. 5º, *a*). Além disso, ela desenvolve o direito dos pais ou tutores de determinar a educação religiosa de seus filhos ou pupilos, vedando que alguém seja obrigado a receber instrução religiosa diversa de sua própria orientação (art. 5º, *b*, nº 2)[757]. Ademais, considera não corresponder a uma discriminação vedada (art. 2º, *b*):

> a criação ou manutenção por motivos de ordem religiosa ou linguística, de sistemas ou estabelecimentos separados que proporcionem um ensino que corresponda à escolha dos parentes ou tutores legais dos alunos, se a adesão a estes sistemas ou a frequência desses estabelecimentos for facultativa e se o ensino proporcionado se coadunar às normas que possam ter sido prescritas ou aprovadas pelas autoridades competentes, particularmente para o ensino do mesmo grau;

A Convenção também define que as minorias culturais têm o direito de desenvolver atividades próprias de ensino, inclusive dirigindo instituições educacionais, desde que isso não conduza à segregação desses grupos, à adoção de níveis inferiores de ensino ou à adesão compulsória por parte dos alunos (art. 5º, *c*)[758].

4.2.3 Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação Baseadas em Religião ou Crença

Como deve ter ficado claro até o momento, a vedação à discriminação é uma preocupação central do direito internacional[759]. Seguindo essa linha, em seus *consideranda*, a

<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001325/132598por.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2016.

[757] Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, art. 5º, *b:* "deve ser respeitada a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais: [...] 2) de assegurar, conforme as modalidades de aplicações próprias da legislação de cada Estado, a educação religiosa e moral dos filhos, de acordo com suas próprias convicções, outrossim, nenhuma pessoa ou nenhum grupo poderão ser obrigados a receber instrução religiosa incompatível com suas convicções".

[758] Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino, art. 5º, *c:* "deve ser reconhecido aos membros das minorias nacionais do direito de exercer atividades educativas que lhes sejam próprias, inclusive a direção das escolas e segundo a política de cada Estado em matéria de educação, o uso ou o ensino de sua própria língua desde que, entretanto: I - esse direito não seja exercido de uma maneira que impeça os membros das minorias de compreender cultura e a língua da coletividade e de tomar parte em suas atividades ou que comprometa a soberania nacional; II - o nível de ensino nessas escolas, não seja inferior ao nível geral prescrito ou aprovado pelas autoridades competentes; e III - a frequência a essas escolas seja facultativa".

[759] Depois de inventariar uma série de instrumentos nesse sentido, o Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, da Corte Internacional de Justiça, apontou: "paralelamente a esse impressionante trabalho legislativo sobre o princípio fundamental da igualdade e não-discriminação, este último tem gerado em décadas recentes muita produção

Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação Baseadas em Religião ou Crença[760] sustenta, entre outros pontos, que "a religião ou a crença, para quem professe qualquer uma, é um dos elementos fundamentais em sua concepção de vida e que liberdade religiosa e de crença deve ser integralmente respeitada e garantida". Nessa linha, o texto reitera o escopo da liberdade prevista nos diplomas mencionados acima, destacando, ainda, que a discriminação com fundamento religioso (art. 3º):

> [...] constitui uma afronta à dignidade humana e um repúdio aos princípios da Carta das Nações Unidas, e deve ser condenada como uma violação dos direitos humanos e liberdades fundamentais proclamadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos e enunciados em detalhe nos Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, e como um obstáculo às relações amigáveis e pacíficas entre as nações.

Considera-se vedada qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em religião ou crença, e que tenha como fim (ou gere como efeito) o esvaziamento ou o prejuízo ao reconhecimento, à fruição ou ao exercício de direitos humanos em bases igualitárias (art. 2.2). Cabe aos Estados um papel ativo no sentido de coibir essas medidas de intolerância e discriminação, devendo tomar as atitudes necessárias – inclusive por via legislativa – para evitar sua ocorrência (art. 4º).

A Declaração também reitera os direitos das crianças e, no que se refere à educação religiosa, de seus responsáveis, como previstos nos tratados mencionados acima (art. 5º). Vale notar, contudo, que o texto é cauteloso ao ressalvar que as práticas religiosas em que criança é instruída não podem prejudicar sua saúde física ou mental ou seu desenvolvimento, incidindo aqui as regras relativas à restrição da liberdade religiosa (art. 5.5 c/c art. 1.3).

A Declaração também procura inventariar, de forma exemplificativa, um conjunto de condutas que se enquadram, em princípio, sob a liberdade religiosa[761] (art. 6º):

> De acordo com o artigo 1º da presente Declaração, e sujeito ao disposto no artigo 1º, parágrafo 3º, o direito à liberdade de pensamento, consciência, religião e crença inclui, *inter alia*, as seguintes liberdades:

---

doutrinária [...] e uma igualmente impressionante construção jurisprudencial do princípio em tela. Como resultado, o direito internacional não perde de vista, de modo algum, o princípio fundamental da igualdade e não-discriminação, o leva em consideração todo o tempo e em diferentes circunstâncias, com todas as implicações dessa nova postura" (INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Accordance with International Law of Kosovo's Declaration of Independence*, I.C.J. Reports 2010, p. 600 (separate opinion of Judge Cançado Trindade)).

[760] Proclamada em 1981 pela Resolução nº 36/55 da Assembleia Geral da ONU. As transcrições correspondem a traduções livres do texto extraído de: <https://goo.gl/RUwluw>. Acesso em: 31 jan. 2016.

[761] Este é considerado seu maior mérito. V. BADILLA POBLETE, Elvira. El concepto de libertad religiosa en algunos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que vinculan jurídicamente al Estado de Chile, cit., p. 347.

> a) Realizar cultos ou se reunir com base em uma religião ou crença, e fundar e manter lugares para esses fins;
> b) Fundar e manter instituições de caridade e humanitárias adequadas;
> c) Produzir, adquirir e usar na medida adequada os artigos e materiais necessários, relacionados aos ritos ou costumes de uma religião ou crença;
> d) Escrever, publicar e divulgar publicações relevantes nessas áreas;
> e) Ensinar a religião ou crença em lugares adequadas a esses fins;
> f) Pedir e receber contribuições financeiras ou de outro tipo, voluntárias, de indivíduos e instituições;
> g) Treinar, nomear, eleger ou designar por sucessão líderes adequados, exigidos pelas normas e critérios de cada religião ou crença;
> h) Observar dias de descanso e celebrar feriados e cerimônias de acordo com os preceitos de religião ou da crença de cada um;
> i) Estabelecer e manter comunicações com indivíduos e comunidades em temas de religião ou crença, nos planos nacional e internacional.

4.2.4 Convenção sobre os Direitos da Criança

A Convenção[762] reconhece o direito das crianças[763] às liberdades de pensamento, consciência e crença, conferindo aos seus representantes legais a competência de orientá-las no exercício desse direito à medida que se desenvolve sua capacidade (arts. 14.1 e 14.2)[764]. Na linha dos diplomas examinados acima, a Convenção prevê que a liberdade religiosa das crianças está "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" (art. 14.3)[765]. Crianças que integrem grupos indígenas ou minorias culturais têm o

[762] Adotada em 1989 pela Resolução nº 44/25 da Assembleia Geral da ONU. No Brasil, foi aprovada pelo Dec. Leg. nº 28/1990 e promulgada pelo Dec. nº 99.710/1990. Salvo quanto à adaptação à grafia atual da língua portuguesa, os trechos transcritos foram extraídos do decreto presidencial de promulgação.

[763] Para os efeitos da Convenção, "considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes" (art. 1º).

[764] Isso está relacionado com a ideia, prevista no art. 5º da Convenção, de que as capacidades das crianças evoluem e, com elas, se altera o espaço de orientação aberto aos seus responsáveis legais. Como observa o Comitê sobre os Direitos das Crianças da ONU, essa evolução é uma tendência, mas deve ser avaliada de forma individualizada. Além disso, a direção e a orientação dos pais ou responsáveis deve ser feita respeitando a centralidade dos interesses da criança, "pelo diálogo e pelo exemplo, por meios que desenvolvam as capacidades das pequenas crianças de exercerem seus direitos, inclusive seu direito de participação (art. 12) e seu direito à liberdade de pensamento, consciência e religião (art. 14)" (UNITED NATIONS. Committee on the Rights of the Child. *General comment no. 7:* Implementing child rights in early childhood, 20 September 2006, § 17. Disponível em: <https://goo.gl/bgwgkp>. Acesso em: 31 jan. 2016).

[765] Convenção sobre os Direitos da Criança, art. 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".

direito de professar sua crença, em comunidade com os demais integrantes do grupo (art. 30). Ao tratar das crianças que não podem permanecer com suas famílias, o documento exige que os Estados lhes forneçam cuidados alternativos (*e.g.*, adoção), cuja escolha deve observar, com especial atenção, a "origem religiosa" da criança, entre outros elementos (art. 20.3)[766].

Desenvolvendo o disposto nos Pactos Internacionais, a Convenção reafirma que a educação deve "preparar a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos e pessoas de origem indígena" (art. 29.1, *d*).

4.2.5 Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas

Reafirmando o papel das Nações Unidas na proteção das minorias, a Declaração[767] define que estas têm o direito de "professar e praticar" sua religião[768] (art. 2.1), formar suas próprias associações (art. 2.4), e manter contato com pessoas de outros Estados, com quem tenham afinidades religiosas (art. 2.5). Cabe a cada país criar condições favoráveis para o desenvolvimento e a expressão das religiões das minorias, "salvo quando práticas específicas violem o direito nacional e sejam contrárias aos parâmetros internacionais" (art. 4.2).

4.3 **Diplomas regionais**

[766] Convenção sobre os Direitos da Criança, art. 20: "1. As crianças privadas temporária ou permanentemente do seu meio familiar, ou cujo interesse maior exija que não permaneçam nesse meio, terão direito à proteção e assistência especiais do Estado. 2. Os Estados Partes garantirão, de acordo com suas leis nacionais, cuidados alternativos para essas crianças. 3. Esses cuidados poderiam incluir, inter alia, a colocação em lares de adoção, a *kafalah* do direito islâmico, a adoção ou, caso necessário, a colocação em instituições adequadas de proteção para as crianças. Ao serem consideradas as soluções, deve-se dar especial atenção à origem étnica, religiosa, cultural e linguística da criança, bem como à conveniência da continuidade de sua educação."

[767] Adotada pela Resolução nº 47/135 da Assembleia Geral da ONU em 1992. Os trechos transcritos correspondem a uma do texto, em inglês, disponível em: <https://goo.gl/GlI4wL>. Acesso em: 8 fev. 2016.

[768] A Declaração não trata apenas de religião. O ponto foi destacado aqui em razão do objeto deste estudo.

4.3.1 Sistema interamericano

Na IX Conferência Americana, em 1948, foi aprovada a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, alguns meses antes de adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Em seu art. 3º, o diploma americano define que "toda a pessoa tem o direito de professar livremente uma crença religiosa e de manifestá-la e praticá-la pública e particularmente"[769]. Em que pese tratar-se de uma declaração, aponta-se que o instrumento tem força normativa em alguma medida, principalmente porque seria necessário recorrer a ele quando da interpretação de tratados como a Carta da Organização dos Estados Americanos – OEA[770].

Naturalmente, porém, o principal diploma sobre a matéria é a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, também chamada de *Pacto de San José da Costa Rica*[771]. Tal como seus correlatos no âmbito da ONU, a Convenção veda a discriminação religiosa na fruição dos direitos humanos (art. 1.1), bem como a apologia ao ódio religioso "que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência" (art. 13.5). A liberdade religiosa é consagrada no seu art. 12, que assim dispõe:

> **Liberdade de consciência e de religião**
>
> 1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.
> 2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.
> 3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde

[769] A transcrição foi obtida em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 4 fev. 2016.

[770] Também se faz referência expressa à Convenção Americana de Direitos Humanos, mencionada adiante no texto. V. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinión Consultiva OC-10/89* del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10. A Comissão Interamericana foi bastante enfática ao afirmar que a Carta da OEA tornou obrigatória a observância da Declaração para os Estados que integram a Organização – v. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *James Terry Roach y Jay Pinkerton v. Estados Unidos*, Caso 9.647, Informe No. 3/87, 22 de septiembre de 1987, Informe Anual 1986-87, § 48. Na doutrina, v. ARLETTAZ, Fernando. La libertad religiosa en el sistema interamericano de derechos humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 1, n. 1, p. 39-58, 2011, p. 40; BADILLA POBLETE, Elvira. El concepto de libertad religiosa en algunos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que vinculan jurídicamente al Estado de Chile, cit., p. 355; CERVANTES G., Luis Fco. Los princípios generales sobre la libertad religiosa em la jurisprudência de los sistemas europeo, interamericano y costarricense de protección de los derechos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 5, n. 5, pp. 123-143, 2004, p. 131.

[771] Assinada em San José, Costa Rica, em 1969. No Brasil, foi aprovada pelo Dec. Leg. nº 27/1992 e pelo Dec. nº 678/1992. As transcrições foram obtidas em: <https://goo.gl/XryTUc>. Acesso em: 5 fev. 2016.

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

O texto é praticamente idêntico ao do artigo correspondente no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Tal como ele, também o art. 12 da Convenção Americana é insuscetível de suspensão em situações de emergência constitucional (art. 27.2). Além disso, o Pacto de San José prevê expressamente a extensão da liberdade de associação às entidades voltadas a fins religiosos (art. 16.1)[772], reforçando a proteção ao exercício coletivo da liberdade religiosa. Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos,

> o direito à liberdade de consciência e religião [...] permite que as pessoas conservem, mudem, professem e divulguem sua religião ou suas crenças. Este direito é um dos pilares da sociedade democrática. Em sua dimensão religiosa, constitui um elemento transcendental na proteção das convicções dos fiéis e de seus modos de vida[773].

O direcionamento da educação à promoção do entendimento e da amizade entre grupos religiosos é inserido no art. 13 do *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* ("Protocolo de São Salvador")[774].

Em matéria de igualdade, convém mencionar a recente *Convenção Interamericana contra Todas as Formas de Discriminação e Intolerância*, adotada em 2013, que ainda não está em vigor[775]. Sua ampla exigência de isonomia alcança textualmente também as relações

---

[772] CADH, art. 16.1: "Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza".

[773] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Masacres de Río Megro vs. Guatemala*. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Serie C No. 250, § 154. No mesmo sentido, v. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile.* Sentencia de 5 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 73, § 79.

[774] PSS, art. 13.1: "Os Estados Partes neste Protocolo convêm em que a educação deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais pela justiça e pela paz. Convêm, também, em que a educação deve capacitar todas as pessoas para participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista, conseguir uma subsistência digna, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades em prol da manutenção da paz". O Protocolo foi assinado em San Salvador, El Salvador, 1988. No Brasil, foi aprovado pelo Dec. Leg. nº 56/1995 e promulgado pelo Dec. nº 3.321/1999.

[775] Nenhum Estado ratificou ainda a Convenção, de que o Brasil é signatário. As transcrições feitas a seguir correspondem a traduções livres do texto em inglês disponível em: <https://goo.gl/0sLFPX>. Acesso em: 31 jan. 2016.

privadas[776] e manifestações de discriminação indireta[777], além de exigir a adoção de políticas de ação afirmativa[778].

A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos não é farta em casos envolvendo a liberdade religiosa[779]. De forma indireta, esse direito foi reforçado pela assertiva de que o *habeas corpus* e os demais meios judiciais de tutela dos direitos humanos, qualquer que seja sua denominação, são garantias indispensáveis dos direitos que – como a liberdade religiosa – não admitem suspensão e, por isso, tampouco eles podem ser suspensos[780]. Ainda mais relevante foi a interpretação anunciada pela Corte quanto ao art. 30 do Pacto de San José, que trata da *reserva legal* em matéria de restrições aos direitos previstos no diploma[781]. Em sua opinião consultiva, a Corte Interamericana afirmou, à unanimidade[782]:

> que a palavra "leis" no artigo 30 da Convenção significa norma jurídica de caráter geral, vinculada ao bem comum, emanada dos órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos, e elaborada segundo o procedimento estabelecido pelas constituições

[776] Convenção Interamericana contra Todas as Formas de Discriminação e Intolerância, art. 2º: "Todo ser humano é igual perante o direito e tem o direito à igual proteção contra qualquer forma de discriminação e intolerância em qualquer esfera da vida, pública ou privada". As relações privadas são mencionadas também na própria definição de "discriminação" inserida no art. 1º, nº 1.

[777] Nos termos do art. 8º da Convenção, é dever dos Estados assegurar que quaisquer medidas adotadas não venham a discriminar direta ou indiretamente um grupo. Por sua vez, seu art. 1º, nº 2, define a discriminação indireta como aquela que ocorre "em qualquer esfera da vida pública e privada, quando uma disposição, um critério ou prática aparentemente neutra tem o condão de gerar uma desvantagem particular para pessoas que pertencem a um grupo específico, ou os coloca em desvantagem, salvo se tal disposição, critério ou prática tenha algum fim ou justificativa razoável e legítima nos termos do direito internacional dos direitos humanos".

[778] Convenção Interamericana contra Todas as Formas de Discriminação e Intolerância, art. 5º: "Os Estados Partes encarregam-se de adotar as políticas especiais e ações afirmativas necessárias para garantir a fruição ou o exercício dos direitos e liberdades fundamentais das pessoas ou grupos sujeitos à discriminação ou à intolerância, a fim de promover condições equitativas de igual oportunidade, inclusão e progresso para tais pessoas ou grupos. Tais medidas ou políticas não devem ser consideradas discriminatórias ou incompatíveis com o propósito e a intenção desta Convenção, não devem conduzir à manutenção de direitos separados para grupos diferentes, e não devem prosseguir além de um período razoável ou depois que seu objetivo já tiver sido atingido".

[779] Sobre o pequeno envolvimento da Comissão e da Corte a respeito do tema, v. CERVANTES G., Luis Fco. Los princípios generales sobre la libertad religiosa em la jurisprudência de los sistemas europeo, interamericano y costarricense de protección de los derechos humanos., cit., p. 131; ROMERO PÉREZ, Xiomara Lorena. La libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (Análisis comparativo con el ordenamiento jurídico colombiano). *Revista Derecho del Estado*, n. 29, pp. 215-232, julio-diciembre 2012, p. 224.

[780] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *El habeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6, Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-10/87 del 30 de enero de 1987. Serie A No. 8; *Opinión Consultiva OC-9/87* del 6 de octubre de 1987: Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie A No. 9.

[781] CADH, art. 30: "Alcance das restrições – As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas".

[782] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

dos Estados Partes para a formação das leis[783].

Na jurisdição contenciosa, as referências à liberdade religiosa costumam estar ligadas à compreensão das culturas dos povos indígenas e do valor que suas terras ancestrais têm para eles[784]. Em geral, a liberdade de religião é usada para dar conteúdo a outros direitos previstos no Pacto[785]. O único caso em que se discutiu especificamente o tema foi o relativo à censura prévia do filme *A última tentação de Cristo*, no Chile, em que a Corte não considerou violado o art. 12 da Convenção Americana[786].

No âmbito da Comissão Interamericana[787], há alguns registros dignos de nota, como, *e.g.*: **(i)** a recusa ao reconhecimento de um direito à objeção de consciência ao serviço militar[788]; **(ii)** a afirmação de que as ameaças e a violência sofrida por uma religiosa com o provável fim de impedir o exercício de suas atividades, seria uma violação aos arts. 12 e 16 do Pacto[789]; **(iii)** a recomendação de que se revogasse um decreto que proibira a atividade das testemunhas de

---

[783] Segundo a Corte: "Através desse procedimento, não apenas se investe tais atos com o assentimento da representação popular, mas também se permite às minorias expressar sua inconformidade, propor iniciativas distintas, participar na formação da vontade política ou influir sobre a opinião pública para evitar que a maioria atue arbitrariamente. De fato, esse procedimento não impede em todos os casos que uma lei aprovada pelo Parlamento chegue a violar os direitos humanos, possibilidade que reclama a necessidade de algum regime de controle posterior, mas é, sim, sem dúvida, um obstáculo importante ao exercício arbitrário do poder" (*La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cit., § 22).

[784] ARLETTAZ, Fernando. La libertad religiosa en el sistema interamericano de derechos humanos, cit., p. 53 e ss.

[785] Apontando os danos gerados pela impossibilidade de realização de rituais fúnebres, v. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala.* Sentencia de 29 de abril de 2004 (Fondo). Serie C No. 105.

[786] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) v. Chile*, cit., § 79. A Corte entendeu "que a proibição da exibição do filme 'A última tentação de Cristo' não restringiu ou privou ninguém do direito de conservar, mudar, professar ou divulgar, com absoluta liberdade, sua religião ou suas crenças". Nada obstante, concluiu-se pela existência de uma afronta à liberdade de pensamento e expressão pela censura prévia da obra.

[787] Nesta parte, tomaram-se como ponto de partida as pesquisas elaboradas por ARLETTAZ, Fernando. La libertad religiosa en el sistema interamericano de derechos humanos, cit.; FIX-ZAMUDIO, Héctor. La libertad religiosa en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. In: LA LIBERTAD religiosa: memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico: México, D.F.: UNAM, 1996, p. 505 e ss.; e ROMERO PÉREZ, Xiomara Lorena. La libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, cit., p. 224 e ss.

[788] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Cristián Daniel Sahli Vera y otros v. Chile*, Caso 12.219, Informe No. 43/05, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7 (2005), § 100: "A Comissão opina no sentido de que o fato de o Estado chileno não reconhecer a condição de 'objetor de consciência' em sua legislação interna e não reconheça (...) como 'objetores de consciência' do serviço militar obrigatório não constitui uma interferência com seu direito à liberdade de consciência. A Comissão entende que a Convenção Americana não proíbe o serviço militar obrigatório e que seu artigo 6(3)(b) prevê especificamente o serviço militar em países em que não se reconhecem os objetores de consciência. Consequentemente, a Comissão entende que o Estado chileno não violou o art. 12 da Convenção Americana em prejuízo dos requerentes neste caso".

[789] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Dianna Ortiz v. Guatemala*, Caso 10.526, Informe No. 31/96, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. en 332 (1997), §§ 118 e 119.

Jeová na Argentina[790], e o reconhecimento de uma situação parecida no Paraguai[791]; **(iv)** a crítica geral da relação entre os fiéis e as denominações, de um lado, e o Estado cubano, de outro[792]; e **(v)** na Venezuela, a preocupação com discursos e incidentes antissemitas em meios de comunicação e nas paredes de instituições judaicas e casas onde viviam judeus[793]. Em 1979, o Informe Anual da Comissão levou a Assembleia Geral da OEA a conclamar os Estados a não impedirem o exercício da liberdade religiosa e, especialmente, a restabelecerem os direitos das testemunhas de Jeová[794].

Estudos mais amplos sobre as orientações da Corte e da Comissão apontam que, para além dos instrumentos próprios do sistema interamericano de direitos humanos, os órgãos supranacionais da região frequentemente invocam outros diplomas de direitos humanos ou normas de direito internacional para informar a interpretação da Convenção e da Declaração Americanas. É também muito comum que se faça referência às orientações da Corte Europeia de Direitos Humanos e do Comitê de Direitos Humanos da ONU[795].

4.3.2 Sistema europeu

No âmbito do Conselho da Europa[796], vigora a *Convenção para a Proteção dos Direitos*

---

[790] *Id.*, *Resolución 2/1979, Caso 2137*, Testigos de Jehova – Argentina – 18 de noviembre de 1978.

[791] *Id.*, *Informe anual 1979-1980*, OEA/Ser.L/V/II.50 Doc. 13 rev.1, 2 de octubre de 1980, cap. 5, item *b*, § 10.

[792] V., *e.g.*, *Id.*, *La situación de los derechos humanos en Cuba*, Séptimo informe, OEA/Ser.L/V/II.61 Doc.29 rev. 1, 4 de octubre de 1983, cap. 7.

[793] *Id.*, *Informe anual 2008*, OEA/Ser.L/V/II.134 Doc. 5 rev. 1, 25 de febrero de 2009, cap. 6, § 364.

[794] ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Asamblea General. *Resolución AG/RES 444 (IX-0/79):* "A Assembleia Geral, (...) Resolve: 1. Fazer um chamamento aos Estados membros para que não impeçam o exercício do direito à liberdade de crença e de culto, em conformidade com suas respectivas disposições jurídicas, e de acordo com a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. 2. No que se refere às testemunhas de Jeová e suas filiais, instar o restabelecimento de seu direito à liberdade de crença e de culto, em conformidade com a precitada Declaração".

[795] BADILLA POBLETE, Elvira. El concepto de libertad religiosa en algunos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que vinculan jurídicamente al Estado de Chile, cit., pp. 359-360.

[796] O Conselho da Europa não se confunde com a União Europeia. Ele foi criado em 1949 e conta hoje com 47 membros, inclusive Rússia e Turquia. Já a União Europeia é um bloco de 28 países que foi constituído para promover a integração econômica do continente e hoje tem um caráter político bastante particular. As duas organizações cooperam entre si, mas não formam um único sistema. Quanto aos direitos humanos, cada uma delas tem seu instrumento básico – a Convenção Europeia (no âmbito do Conselho) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia –, mas a União pretende aderir também à Convenção. Esse esforço, porém, foi barrado pela Corte de Justiça da União Europeia, entre outras razões, porque o modelo acordado não levaria em conta as especifidades da União, que seria tratada como um Estado, e porque afrontaria a autonomia do bloco ao submeter seus atos à revisão de órgãos estranhos a sua estrutura (em especial, a Corte Europeia de Direitos Humanos). V.

do Homem e das Liberdades Fundamentais de 1950, mais conhecida como a *Convenção Europeia de Direitos Humanos*[797]. O documento inclui a tradicional proibição de discriminação religiosa na fruição dos direitos nela previstos (art. 14), ampliada para alcançar toda a legislação doméstica pelo art. 1º[798] do *Protocolo nº 12* à Convenção. O direito dos pais e tutores de determinar a educação religiosa dos seus filhos e tutelados é definida no art. 2º do *Protocolo (nº 1) de 1951*[799]. A liberdade religiosa, em si, é prevista no art. 9º da Convenção Europeia em termos bastante semelhantes aos dos diplomas internacionais examinados acima:

> **Liberdade de pensamento, de consciência e de religião**
>
> 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou colectivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.
> 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou colectivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem.

A jurisprudência da Corte Europeia de Diretos Humanos é bem mais farta na matéria que a de sua correspondente americana[800] e será amplamente citada ao longo do texto.

Já na esfera da União Europeia, em 2000, foi proclamada a *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*[801], equiparada a uma convenção pelo Tratado de Lisboa de 2007. Além de proibir as discriminações baseadas em religião (arts. 20 e 21), e exigir respeito à diversidade religiosa (art. 22), o texto reitera o direito dos pais de garantir a educação religiosa de seus filhos (art. 14, § 3º), e prevê a liberdade de religião em seu art. 10:

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. *Press release no. 180/14* (Luxembourg, 18 December 2014). Disponível em: <https://goo.gl/BAlVjt>. Acesso em: 14 dez. 2016.

[797] Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2016.

[798] Protocolo nº 12 à Convenção Europeia de Direitos Humanos, art. 1º: "Interdição geral de discriminação. 1. O gozo de todo e qualquer direito previsto na lei deve ser garantido sem discriminação alguma em razão, nomeadamente, do sexo, raça, cor, língua, religião, convicções políticas ou outras, origem nacional ou social, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento ou outra situação. 2. Ninguém pode ser objecto de discriminação por parte de qualquer autoridade pública com base nomeadamente nas razões enunciadas no número 1 do presente artigo".

[799] Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2016.

[800] Para um panorama geral, v. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Research Division/Division de la Recherche. *Overview of the Court's case-law on freedom of religion*. 19 January 2011 (updated on 31 October 2013). Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_religion_ENG.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2016; MURDOCH, Jim. *Freedom of thought, conscience and religion:* a guide to the implementation of Article 9 of the European Convention on Human Rights. [S.l.]: Council of Europe, 2007. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRHAND/DG2-EN-HRHAND-09(2007).pdf>. Acesso em: 26 jun. 2016.

[801] Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2016.

Liberdade de pensamento, de consciência e de religião

1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individual ou colectivamente, em público ou em privado, através do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.
2. O direito à objecção de consciência é reconhecido pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício.

Também convém mencionar a Decisão-Quadro 2008/913/JAI do Conselho da União Europeia[802], que exige que os Estados-Membros tipifiquem e punam criminalmente, entre outros, a incitação pública da violência ou do ódio contra um grupo de pessoas com base na sua religião (art. 1º, nº 1, *a*), assim como a instigação da prática desses atos e o concurso de agentes (art. 2º). Nesses casos, a pena deve ter a duração máxima de, pelo menos, um a três anos de prisão (art. 3º). Além disso, em qualquer outro delito, a motivação racista e xenófoba deve ser considerada uma agravante ou de outra forma considerada na dosimetria da pena (art. 4º). Também as pessoas jurídicas podem ser punidas por essas condutas, desde que praticadas, *e.g.*, por agente com posição dominante e poderes para representá-la, sem prejuízo da eventual responsabilização individual dos envolvidos. As penas às pessoas jurídicas podem incluir até sua dissolução judicial (arts. 5º e 6º).

4.3.3 Sistema africano

A *Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos*[803], também chamada de *Carta de Banjul*, proíbe o tratamento discriminatório na fruição dos direitos (art. 2º) e, em particular, a expulsão em massa de grupos identificados, *e.g.*, por sua religião (art. 12.5).

A Carta só dedica um breve dispositivo à liberdade religiosa – seu art. 8º, que dispõe: "A liberdade de consciência, a adoção e a livre prática da religião serão garantidas. Observadas a lei e a ordem, ninguém pode ser submetido a medidas que restrinjam o exercício dessas

[802] CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Decisão-Quadro 2008/913/JAI*, de 28 nov. 2008, relativa à luta por via do direito penal contra certas formas e manifestações de racismo e xenofobia. Disponível em: <https://goo.gl/4x2Bq2>. Acesso em: 16 ago. 2016.

[803] Adotada pela Assembleia da Organização da União Africana em 1981. Consultou-se o texto disponível em: <http://www.au.int/en/sites/default/files/treaties/7770-file-banjul_charter.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2016. As transcrições correspondem a traduções livres.

liberdades". Segundo a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos[804] – que, para interpretar esse dispositivo, remete à Declaração da ONU sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação Baseadas em Religião ou Crença –, esse direito envolve, entre outros, o culto, a participação em rituais, a observância de dias de descanso e o uso de vestimentas religiosas, individualmente ou em grupo, bem como o estabelecimento e a manutenção de lugares pra esses fins e a celebração de cerimônias de acordo com os preceitos de cada religião[805]. A Comissão traça, ainda, uma distinção entre a liberdade de crença, que tenderia a ser absoluta, e a liberdade de viver de acordo com ela, que pode ceder aos interesses sociais[806].

Em um caso particularmente interessante, a Comissão Africana considerou violado o art. 8º pelo Sudão, tendo em vista a perseguição de pessoas a fim de que se convertessem ao Islã e a discriminação de não-muçulmanos no acesso ao emprego, à educação e até a comida. Além disso, quanto à incidência da lei islâmica, apontou que é[807]

> fundamentalmente injusto que normas religiosas sejam aplicadas a contra pessoas que não tenham aderido àquela religião. Tribunais que só aplicam a *Shari'a*, então, são incompetentes para julgar não muçulmanos, e todos devem ter o direito de ser julgados por uma corte secular se quiserem.

4.3.4 Organização para a Cooperação Islâmica e Liga dos Estados Árabes

A Organização da Conferência Islâmica – substituída pela atual Organização para a Cooperação Islâmica – aprovou em 1990 a *Declaração do Cairo sobre os Direitos Humanos*

---

[804] A Comissão e a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos são órgãos do sistema africano de direitos humanos. Como não foram encontrados casos pertinentes na jurisprudência da Corte, optou-se por trazer manifestações da Comissão.

[805] AFRICAN COMMISSION ON HUMAN AND PEOPLES' RIGHTS. *Ctr. for Minority Rights Dev. v Kenya*, Comm. 276/2003, 27th ACHPR AAR Annex (Jun 2009 - Nov 2009), § 165. No caso, concluiu-se pela existência de afronta ao art. 8º da Carta pela negativa de acesso de um povo a um lago que, segundo se apurou, era intimamente relacionado às suas práticas religiosas.

[806] *Ibid.*, *Prince v S. Afr.*, Comm. 255/2002, 18th ACHPR AAR Annex III (2004-2005), § 41. Questionava-se restrição ao uso da *cannabis* por praticante da religião rastafári, considerada válida pelo Tribunal Constitucional da África do Sul (*Prince v. President of the Law Society of the Cape of Good Hope and Others*, CCT36/00; [2002] ZACC 1; 2002 (2) SA 794; 2002 (3) BCLR 231). A Comissão Africana concluiu que a limitação em tela seria lícita porque proporcional ao fim legítimo de coibir o abuso e o tráfico de uma substância que gera dependência.

[807] *Ibid.*, *Amnesty Int'l v. Sudan*, Comm. 48/90, 50/91, 52/91, 89/93, 13th ACHPR AAR Annex V (1999-2000), § 71-76 (especialmente, § 73).

no Islã[808]. Em seu art. 1º, o texto veda a discriminação baseada na religião, mas afirma que "a verdadeira fé [*i.e.,* o Islã] é a garantia para desenvolver [a dignidade] no caminho da perfeição humana". A Declaração afirma os direitos dos pais e de quem mais exercer suas funções de escolher o tipo de educação a ser concedida às crianças, "desde que levem em consideração o interesse e o futuro [delas] de acordo com os valores éticos e os princípios da *Shari'ah*" (art. 7º, *b*). A ambiguidade em relação ao Islã é reiterada na exigência de que o Estado garanta a diversidade educacional para permitir que as pessoas conheçam "a religião do Islã" (art. 9º, *a*) e no art. 10, que parece mais próximo de uma referência à liberdade religiosa: "O Islã é a religião da natureza imaculada. É proibido exercer qualquer forma de coerção sobre o homem ou explorar sua pobreza ou ignorância para convertê-lo a outra religião ou ao ateísmo". Como todos os direitos podem ser limitados e interpretados de acordo com a *Shari'ah* (arts. 24 e 25), até a garantia de uma vida em segurança para si e "para sua religião" (art. 18, *a*) permanece incompleta.

A *Carta Árabe dos Direitos Humanos* foi aprovada sob os auspícios da Liga dos Estados Árabes em 1994, tendo entrado em vigor em 2008[809]. Seu texto incorpora a mesma vedação à discriminação encontrada nos demais diplomas apresentados (arts. 3.1, 4.1 e 34), além da proibição de suspensão da liberdade religiosa nas situações de emergência (art. 4.2). Ainda em sintonia com os documentos internacionais, a Carta Árabe garante aos integrantes de grupos minoritários o direito de praticar sua religião, mas submete o exercício desse direito às prescrições estabelecidas em lei (art. 25)[810]. Quanto à liberdade religiosa em si, prevista no art. 30, a Carta não difere muito dos demais diplomas internacionais, embora a ausência de referência ao exercício "público" da religião não deixe de suscitar alguma dúvida[811].

---

[808] Os trechos transcritos foram traduzidos livremente da versão em inglês disponível em: <http://www.oic-oci.org/english/article/human.htm>. Acesso em: 14 ago. 2016.

[809] Trata-se de um esforço no sentido de "modernizar" a Liga. V. RISHMAWI, Mervat. The Arab Charter on Human Rights and the League of Arab States: an update. *Human Rights Law Review*, v. 10, n. 1, p. 169-178, 2010, p. 169. Os textos transcritos foram traduzidos livremente da versão em inglês disponível em: <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/loas2005.html>. Acesso em: 31 jan. 2016.

[810] Carta Árabe dos Direitos Humanos, art. 25: "Pessoas que pertençam a minorias não terão negado o direito de fruir de sua própria cultura, de usar sua própria língua e de praticar sua própria religião. O exercício desses direitos será determinado pela lei".

[811] Carta Árabe dos Direitos Humanos, art. 30: "1. Todos têm direito à liberdade de pensamento, consciência e religião e nenhuma restrição pode ser imposta quanto ao exercício dessas liberdades, salvo conforme previsão legal. 2. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença ou de realizar práticas religiosas, individualmente ou em comunidade como outros, deve estar sujeita apenas às limitações prescritas em lei, que sejam necessárias em uma sociedade tolerante que respeite os direitos e liberdades humanas e se voltem à proteção da segurança, da saúde ou da moral públicas ou dos direitos e liberdades fundamentais de terceiros. 3. Os pais ou tutores têm a liberdade de planejar a educação religiosa e moral de seus filhos".

4.3.5 Sudeste Asiático

Assinada em 2012 pelos membros da Associação das Nações do Sudeste Asiático (ASEAN)[812], a *Declaração de Direitos Humanos da ASEAN*[813] menciona a comum vedação à discriminação com fundamento na religião (nº 2), tratando especificamente da liberdade religiosa em seu item nº 22, *in verbis:* "Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião. Todas as formas de intolerância, discriminação e incitação ao ódio baseado na religião e em crenças devem ser eliminadas". Da mesma forma, reitera-se a necessidade de que a educação promova a harmonia entre os grupos religiosos (nº 31).

[812] São eles: Brunei Darussalam, Camboja, Indonésia, Laos, Malásia, Mianmar, Filipinas, Cingapura, Tailândia e Vietnã.

[813] Os trechos transcritos foram traduzidos livremente a partir do original em inglês disponível em: <http://aichr.org/?dl_name=ASEAN-Human-Rights-Declaration.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2016.

5 **A LIBERDADE RELIGIOSA NO DIREITO BRASILEIRO**

5.1 **Constituição e liberdade religiosa**

5.1.1 A sede constitucional da disciplina do tema

Na Primeira Parte do estudo, destacou-se que a Constituição deve ser vista como a estrutura das relações políticas. Dessa forma, reconduzem-se a ela não apenas o delineamento dos processos conducentes à formação das decisões coletivizadas e dos órgãos que deles participam, mas também os limites que permitem a contínua identificação de todos com o Estado. Mais do que vedações, esses últimos são constitutivos e veiculam promessas recíprocas que se traduzem no reconhecimento de pessoas muito diversas como cidadãos e sujeitos em igualdade de condições. Dessa forma, extraem-se da Constituição, explícita ou implicitamente, as normas que definem os direitos fundamentais e que regulam o processo democrático. A Carta se apresenta, assim, como o ponto comum em que uma sociedade plural se apoia para permitir o agir em conjunto. Por isso, é apenas pertinente que os temas relacionados à religião – que integra a identidade ética das pessoas – sejam abordados pela Carta.

Diante da expressa incorporação do tema pela Constituição de 1988, a insistência no ponto se justifica por duas razões. *Primeiro*, para destacar que se trata aqui de alguns dos fundamentos da sociedade política que, por isso mesmo, não podem flutuar ao sabor das preferências majoritárias da ocasião. Isso não implica nem um menosprezo para com o Poder Legislativo, nem uma confiança pueril na jurisdição constitucional. A ideia é apenas sublinhar que todos que se dediquem à concretização da Carta – inclusive os juízes e o legislador – precisam ter sempre presente a relevância do tema, lembrando-se de que seu papel, ao efetivar a Constituição, é o de reforçar seu caráter inclusivo, em cumprimento às promessas da Carta. Isto é: não se está em um espaço de discricionariedade propriamente dita; nenhuma instituição estatal é livre para dispor "como preferir" da liberdade religiosa. Ao contrário, a necessidade de considerá-la com seriedade exige que só seja limitada por força de outras disposições constitucionais e, mesmo assim, na exata medida em que isso se mostre necessário. O tema será retomado e desenvolvido adiante.

Em *segundo* lugar, a preocupação com a sede constitucional do tema se explica por

razões metodológicas. A complexidade da interpretação constitucional é hoje amplamente reconhecida, multiplicando-se os "métodos", "elementos" e "princípios" usados para esse fim. Não é o caso de discorrer sobre isso, o que acabaria desviando o estudo de seus propósitos. Aqui interessa apenas destacar que, em se tratando de temas *materialmente constitucionais*, os problemas suscitados pela religião justificam o emprego de instrumentos e técnicas de interpretação que não se atenham à literalidade da Carta ou à intenção dos constituintes. Como não se trata de decisões moralmente irrelevantes, mas de efetivas questões de justiça política, é preciso superar o apego – típico da doutrina da soberania – à *vontade* da lei ou do legislador.

Por natural, não se trata de ignorar o texto expresso da Constituição, mas, havendo duas ou mais leituras possíveis, igualmente compatíveis com a literalidade das disposições pertinentes, é dever do intérprete adotar aquela que mais promova os princípios de justiça – todos, como visto, derivados da dignidade humana (CRFB, art. 1º, III). Além do art. 5º, § 2º, da Constituição, que pode ser invocado para a afirmação de "novos" direitos, afinados à ideia de imparcialidade exposta acima, cabe adotar a interpretação mais expansiva possível das disposições de direitos fundamentais pertinentes. Diante da centralidade dos princípios de justiça e da supremacia da Carta, tudo isso repercute também sobre a leitura dos demais enunciados constitucionais e mesmo do direito ordinário.

5.1.2 Contra o paroquialismo: a importância do direito internacional e comparado

Outra consequência da íntima associação entre os problemas envolvendo a religião e a justiça política é a inviabilidade de qualquer tipo de paroquialismo interpretativo, centrado só nas fontes jurídicas e na experiência do Brasil. Nem a liberdade religiosa nem a laicidade são "presentes" que os constituintes nos legaram, mas exigências morais que foram incorporadas à letra e ao espírito da Constituição. Como visto, o ponto de vista da moralidade é o mais amplo possível: ela se volta a um auditório efetivamente universal, composto por todos os seres humanos. Dessa forma, a compreensão das questões apresentadas nessa matéria não apenas pode ser, como de fato é, muito enriquecida pela consideração de como elas vêm sendo tratadas em outros contextos e países. Como será frequente a menção a experiências estrangeiras e internacionais ao longo do estudo, convém parar um instante para justificar a importância de fazê-lo, bem como os efeitos que se pode ou deve dar a essas fontes.

Iniciando-se pelo direito internacional público, pode-se dizer que, em matéria de direitos humanos, suas relações com o direito constitucional envolvem principalmente dois problemas: **(i)** o *status* hierárquico dos tratados de direitos humanos no ordenamento interno; e **(ii)** a interação entre as jurisdições nacional e supranacionais e internacionais.

O *primeiro* deles foi objeto de um longo debate, cujo foco, mais recentemente, foi o art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988. O dispositivo, que prevê a *abertura material do catálogo de direitos fundamentais*, refere-se aos direitos "decorrentes" de tratados de que o Brasil seja parte[814]. A despeito da convincente argumentação de quem vê nessa previsão uma atribuição de *status* constitucional aos diplomas de direitos humanos[815], o Supremo Tribunal Federal esvaziou o dispositivo, submetendo os referidos tratados à mesma condição de quaisquer outros – *i.e.*, equiparados à lei ordinária[816]. Posteriormente, já depois da EC nº 45/2004, que previu um procedimento específico para situar esses tratados no nível das emendas à Constituição[817], o STF passou a afirmar que os tratados sobre a matéria que não fossem internalizados com *status* constitucional teriam estatura *supralegal*, prevalecendo, por isso, em caso de antinomia, sobre o direito doméstico infraconstitucional, fosse ele posterior ou anterior ao diploma internacional[818].

Com isso, a jurisprudência brasileira se alinhou à orientação adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de que se impõe a realização de um *controle de convencionalidade*[819], tendo como objeto o direito interno e, como parâmetro, os tratados

---

[814] CRFB, art. 5º, § 2º: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

[815] V., *e.g.*, MELLO, Celso A. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 1-33; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito internacional*. 6. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2004, p. 75 e ss.; SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais, a Reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. *Revista de Direito do Estado*, n. 1, v. 1, p. , jan./mar. 2006, p. 73-76.

[816] V., *e.g.*, STF, *DJ* 20 set. 1996, HC 73.044, Rel. Min. Maurício Corrêa.

[817] CRFB, art. 5º, 3º: "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)".

[818] Embora o Min. Sepúlveda Pertence tenha sugerido essa linha em manifestações anteriores, como *obiter dictum* (STF, *DJ* 22 nov. 2002, RHC 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), como fez também o Min. Ricardo Lewandowski (STF, *DJ* 20 fev. 2009, RE 575.144/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski), essa orientação só veio a ser acolhida pelo Plenário do Tribunal em 2008 – v. STF, *DJ* 5 jun. 2009, RE 349.703/RS, Rel. Min. Carlos Britto, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes.

[819] Sobre o tema, no direito brasileiro, v. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

internacionais. Segundo a Corte, trata-se de um *dever* que recai não só sobre o Judiciário[820], mas sobre todas as autoridades públicas[821], obrigadas a promovê-lo, inclusive de ofício, nos termos das regras procedimentais e de competência previstas em cada ordenamento[822]. Nessa linha, cabe aos Estados[823]: **(i)** *interpretar* o direito doméstico conforme as normas de direitos humanos[824]; **(ii)** *expurgar* disposições que sejam incompatíveis com elas[825]; e **(iii)** *editar normas positivas* para promover os fins encampados pelos diplomas de direitos humanos[826].

Na avaliação da Corte, não só a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas também a interpretação que ela lhe tenha dado – *i.e.*, a *fundamentação* de seus julgados –, inclusive no exercício da competência consultiva[827], deve ser observada pelos Estados[828]. Isso se aplica com especial intensidade aos Estados que tenham sido parte no litígio submetido à Corte, mas não deixa de alcançar os demais, pelo simples fato de serem partes da Convenção Americana[829]. Há, todavia, uma diferença de relevo: enquanto no primeiro caso se forma coisa

---

[820] *Cabrera García y Montiel Flores vs. México.* Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010, § 225; *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, § 193.

[821] *Gelman vs. Uruguay*, cit., § 239; Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014, § 497; Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, §§ 213 y 244; Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2012, § 330

[822] *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, § 128.

[823] Em todas as esferas federativas, nos termos da Cláusula Federal prevista no art. 28 do Pacto de San José.

[824] *Radilla Pacheco vs. México.* Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009, §§ 338 y 340; *Atala Riffo y Niñas vs. Chile.* Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012, § 284.

[825] O simples fato de os tribunais domésticos, em geral, não aplicarem uma norma incompatível com a Convenção não é suficiente; para a Corte, exige-se a remoção do texto, até mesmo para evitar o risco de uma mudança jurisprudencial. V. *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, § 121.

[826] *Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de Junio de 2005, § 275, nº 10.

[827] *Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*. Opinión Consultiva OC-21/14. Resolución de 19 de agosto de 2014, § 31.

[828] *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, cit., § 124 : "o Poder Judiciário deve levar em conta não só o tratado, mas também a interpretação que a ele atribuiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana".

[829] *Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, § 67-69.

julgada internacional e o Estado está formalmente obrigado a cumpri-la[830], no segundo, o que se tem são precedentes com força persuasiva, mas não propriamente vinculação[831].

Isso conduz ao *segundo* problema, relativo à interação das jurisdições doméstica e internacional. Virgílio Afonso da Silva identifica a dificuldade que pode surgir como um "choque de jurisdições" ou, mais especificamente, uma "colisão entre soluções jurisdicionais de colisões", quando há respostas diferentes para choques entre direitos fundamentais[832]. Fazendo referência à postura do Tribunal Constitucional Federal alemão em relação à jurisprudência da Corte Europeia, a autor sugere que a ausência de uma vinculação formal à orientação dos órgãos de direitos humanos, longe de prejudicar, incrementa a racionalidade da ponderação ao criar um ônus argumentativo adicional. Em vez de limitar as alternativas a duas – vinculação ou não –, cria-se outra possibilidade, ainda mais interessante: a orientação supranacional e internacional, ainda que não ponha os tribunais nacionais na posição de meros executores, não pode ser ignorada; ao revés, deve ser seriamente considerada, a ponto de impor um ônus argumentativo relevante para sua superação. Assim, "decisão incorreta não é aquela que se desvia das decisões de tribunais supranacionais, mas aquelas que, quando o fazem, não enfrentam o ônus argumentativo de superá-las"[833]. Revela-se, assim, o caráter *complementar* e *dialógico* dos sistemas de controle, assim enfatizado por Flávia Piovesan:

> A respeito do diálogo com os sistemas nacionais consolida-se o chamado "controle de convencionalidade". Tal controle é reflexo de um novo paradigma a nortear a cultura jurídica latino-americana na atualidade: da hermética pirâmide centrada no *State approach* à permeabilidade do trapézio centrado no *Human rights approach*.
> Isto é, aos parâmetros constitucionais somam-se os parâmetros convencionais, na composição de um trapézio jurídico aberto ao diálogo, aos empréstimos e à interdisciplinariedade, a resignificar o fenômeno jurídico sob a inspiração do *human rights approach*[834].

---

[830] É o que prevê o art. 68 da Convenção Americana: "1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes. 2. A parte da sentença que determinar indenização compensatória poderá ser executada no país respectivo pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado".

[831] V. BARROSO, Luís Roberto. Responsabilidade internacional de Estado-membro da Federação. Eficácia jurídica das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA. Possibilidade e meios de seu cumprimento pelo Estado do Rio de Janeiro (Parecer nº 01/2008 – LRB). *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 65, p. 269-291, 2010, p. 276-277.

[832] SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, Marcelo. *Transnacionalidade do direito:* novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 102.

[833] *Ibid.*, p. 109.

[834] PIOVESAN, Flávia. Diálogo no sistema interamericano de direitos humanos: desafios da reforma. *Campo Jurídico*, v. 1, n. 1, p. 163-186, 2013, p. 177.

O direito internacional dos direitos humanos e o direito constitucional remetem um ao outro, seja pelas cláusulas de abertura como o art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988, seja pelo princípio *pro persona*, que determina a aplicação da norma mais benéfica e inspira os diplomas de direitos humanos, concebidos como parâmetros mínimos de proteção[835]. Nesse sentido, a Corte Interamericana considera um "falso dilema" a oposição entre os controles de constitucionalidade e de convencionalidade; ao ratificarem a Convenção e se submeterem aos órgãos de controle, os Estados se comprometem a aplicá-la como parte do seu ordenamento próprio, de modo que "o controle de constitucionalidade implica necessariamente um controle de convencionalidade, exercidos de forma complementar"[836]. Esse entendimento foi aplicado no caso relativo à Guerrilha do Araguaia, que envolveu o Brasil[837].

A exigência de um diálogo é confirmada, ainda, pela circunstância de que não se pode cumprir apenas a Constituição ou um tratado de direitos humanos, nem invocar um como escusa para violar o outro. Isso decorre, de um lado, da supremacia da Constituição[838] e, de outro, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados[839] – ou melhor: da circunstância de que não há Estado e, consequentemente, Constituição fora do sistema internacional, de modo que este,

---

[835] *Ibid.*, p. 177 e ss. Ressaltando a necessidade de diálogo entre o direito constitucional e o direito internacional, e as adaptações que devem ser feitas nos mecanismos existentes, v. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coords.). *Constituição e democracia:* estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros; Faculdade Christus, 2006, p. 41 e ss.

[836] *Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia, cit., § 88.

[837] *Gomes Lund e Outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de novembro de 2010, § 49: "Em numerosas ocasiões, a Corte Interamericana afirmou que o esclarecimento quanto à violação ou não, pelo Estado, de suas obrigações internacionais, em virtude da atuação de seus órgãos judiciais, pode levar este Tribunal a examinar os respectivos processos internos, inclusive, eventualmente, as decisões de tribunais superiores, para estabelecer sua compatibilidade com a Convenção Americana [...]. No presente caso, não se solicita à Corte Interamericana a realização de um exame da Lei de Anistia com relação à Constituição Nacional do Estado, questão de direito interno que não lhe compete e que foi matéria do pronunciamento judicial na Arguição de Descumprimento nº 153 [...], mas que este Tribunal realize um controle de convencionalidade, ou seja, a análise da alegada incompatibilidade daquela lei com as obrigações internacionais do Brasil contidas na Convenção Americana". Embora a Corte tenha concluído que Supremo Tribunal Federal não teria considerado as obrigações internacionais do Brasil (§ 177), há quem discorde, afirmando que a Corte apenas impôs a sua convicção sobre as autoridades nacionais, sem qualquer medida de deferência (DULITZY, Ariel E. An Inter-American constitutional court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, v. 50, n. 1, pp. 45-93, 2015, p. 69).

[838] Até mesmo os tratados aprovados com *status* de emenda à Constituição se submentem, no mínimo, às exigências procedimentais do art. 5º, § 3º, e a limites como as cláusulas pétreas.

[839] Aprovada pelo Dec. Leg. nº 496/2009 e promulgada pelo Dec. nº 7.030/2009. Seu art. 27 dispõe que "[u]ma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado", salvo se "invocar o fato de que seu consentimento em obrigar-se por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados" e esta, além de "manifesta" – *i.e.*, "objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, de conformidade com a prática normal e de boa fé" –, "dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental" (art. 46). V. SHAW, Malcolm N. *International Law*, cit., pp. 661-662.

queira ou não, limita a sua soberania[840]. O paradoxo de que os Estados soberanos são a fonte do direito internacional público e, ao mesmo tempo, extraem sua qualidade de Estados soberanos desse mesmo ordenamento leva ao desenvolvimento de um transconstitucionalismo entre a ordem estatal e a internacional[841].

Mais que isso – e agora se avança mais propriamente para o direito comparado –, o reconhecimento de que os mesmos problemas de direitos humanos se apresentam em ordens jurídicas (ou mesmo planos) diferentes e sem relação de hierarquia motiva um aprendizado recíproco, na forma de um diálogo e de uma "fertilização cruzada". Não por acaso, é cada vez mais frequente a citação recíproca de precedentes por parte de supremas cortes, tribunais constitucionais e órgãos supranacionais e internacionais. A principal vantagem disso talvez seja a dupla desconstrução que se tende a promover: diante da alteridade, cada instância se enxerga pelos olhos do outro e o submete ao seu próprio olhar[842]. Consequentemente, podem-se "reconhecer os limites da própria interpretação, considerando as perspectivas das outras ordens envolvidas, para, dessa maneira, reduzir o momento de violência intrínseco a toda decisão"[843].

Em particular, esse movimento de comparação e abertura ajuda a afastar o pensamento constitucionalista da busca por um momento fundador, por uma manifestação da soberania, na linha do positivismo constitucional, e a lidar com os problemas de direitos fundamentais da forma apropriada – não pautados por um *fiat* constituinte, mas no sentido da emancipação da pessoa diante de qualquer forma de poder, onde quer que ele apareça e qualquer que seja a sua forma. Absorvido em si mesmo, o paroquialismo jurídico tende a perpetuar o *status quo* e a naturalizar formas de injustiça que a perspectiva do outro ajuda a desvelar. Não se trata, assim, de uma questão de conveniência ou, menos ainda, de uma manifestação de erudição bacharelesca: os direitos humanos remetem ao plano da *moral* e, nesse sentido, envolvem pretensões formuladas por qualquer pessoa diante de qualquer outra ou de todas as outras[844]. Seu contexto de justificação é universal, de modo que é diante e pelo olhar de todos que as normas de direitos humanos devem se legitimar. Nem servilismo, nem paroquialismo; o que se exige é abertura e empatia.

---

[840] MELLO, Celso A. O § 2º do art. 5º da da Constituição Federal, cit., p. 20. Sobre o tema, v., ainda, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*, cit., p. 137-138.

[841] NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 135 e ss.

[842] *Ibid.*, p. 115 e ss.

[843] *Ibid.*, p. 274, nota nº 117.

[844] FORST, Rainer. *Contextos da justiça*, cit., p. 342-345.

Não há dúvida de que os Pactos Internacionais e a Convenção Americana fazem parte do direito brasileiro, razão pela qual a identificação de suas disposições e sua interpretação são de primeira importância para qualquer estudo sobre direitos fundamentais no Brasil. Sejam ou não vinculantes, as opiniões dos órgãos encarregados de aplicá-las no plano externo são certamente relevantes para o direito interno, funcionando – no mínimo – como autoridade persuasiva para os órgãos brasileiros[845]. É seu dever, portanto, *levar em consideração* com seriedade o material oficial produzido por essas instâncias e assumir o *ônus argumentativo* de superar sua fundamentação, se entenderem que é o caso de fazê-lo. No direito processual vigente, o descumprimento dessa obrigação conduz à nulidade da decisão por ausência de fundamentação (CPC, art. 489, § 1º, VI)[846].

Por natural, não se pode afirmar o mesmo da orientação adotada em outras ordens jurídicas, seja nacionais, seja supranacionais, que não gozam nem do peso diferenciado atribuído, *e.g.*, às *views* adotadas pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU. No entanto, pelas razões expostas, é igualmente evidente o seu valor persuasivo e a importância da sua incorporação ao debate. Como explica Alonso Freire, a ideia não é exigir o tratamento uniforme das mesmas questões, mas simplesmente que "casos comparáveis sejam tratados comparativamente"[847]. Por tudo isso, todo o estudo que se segue, embora debruçado no direito brasileiro, fará menção (e crítica) constante a fontes e materiais estrangeiros e internacionais.

---

[845] Registrando que "na realidade contemporânea, seria pouco consistente empregar um critério oriundo do direito interno de forma isolada, sem levar em conta o entendimento vigente na sociedade internacional sobre o tema, apenas sob o argumento de que se trata de uma manifestação soberna do Estado", v. BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 253.

[846] CPC, art. 489, § 1º: "Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...] VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento".

[847] FREIRE, Alonso. Interpretação constitucional comparativa: aproximação crítica e arcabouço metodológico. *Publicum*, v. 1, n. 2, pp. 45-73, 2016, p. 70: "Com afirma Aharon Barak, 'a importância do direito comparado consiste em expandir os horizontes do juiz' [...]. Isso é verdade. Mas o seu benefício não é apenas para o juiz. E isso pode ser ilustrado: alguém ciente de que um caso semelhante ao seu foi decido em outro país igualmente democrático e liberal cuja ordem constitucional reconhece o mesmo direito fundamental em questão e cuja sociedade possui traços característicos semelhantes à sua tem razões suficientes para reivindicar a consideração por parte do órgão judicial competente para julgar seu caso. Quando os casos forem suficientemente semelhantes, o judiciário do seu país tem o dever moral de considerar essa fonte, sem que, obviamente, isto signifique que eles estejam obrigados a segui-la. Os tribunais e laboratórios, tal como os indivíduos responsáveis, podem não chegar à certeza ou à verdade, mas devem buscá-las. Como os laboratórios, os tribunais, ao buscarem uma resposta a determinado caso, devem considerar todas as hipóteses e conhecimentos disponíveis. Isso é decidir com responsabilidade. Na ausência de uma certeza, isso é tudo que podemos exigir deles, mas já é algo".

5.2 **As liberdades do espírito: autodeterminação pessoal e privacidade**

Antes de passar especificamente ao tema da liberdade religiosa, é preciso situá-la no contexto dos direitos fundamentais. Quanto ao tema, a doutrina é pacífica ao apontá-la como um corolário ou manifestação específica do direito à *liberdade de consciência*[848]. Mais que a livre adoção de crenças religiosas, ele tutela, de forma integral, a *autodeterminação ética* das pessoas, desdobrando-se em três posições jurídicas *prima facie*[849]:

- **(i)** *liberdade de formação das próprias convicções*, que corresponde ao direito que cada um tem de construir, aceitar e definir, por si próprio, as razões que justificam suas condutas, vedando, particularmente, métodos de interferência na convicção pessoal, como a doutrinação estatal, a hipnose, a lavagem cerebral e punições por condutas desviantes[850];
- **(ii)** *exteriorização da decisão de consciência*, que nada mais é que a livre expressão das próprias convicções, por quaisquer meios; e
- **(iii)** *liberdade de agir (por ação ou omissão) segundo a consciência – i.e.*, de viver de acordo com as decisões éticas tomadas pelo indivíduo.

Em sua dimensão objetiva, a liberdade de consciência "garante discussão livre e consenso livre sobre o verdadeiro e o exato, os quais carecem da comunicação racional, não podem ser forçados e, por causa disso, compreendem tolerância prática, também diante do estranho"[851]. Isto é: o reconhecimento da liberdade de consciência se traduz no valor atribuído a um ambiente (cultural, ético, estético, religioso etc.) plural, onde as convicções se formem e se adaptem livremente.

---

[848] V., *e.g.*, REIS, Jane. A aplicação de regras religiosas de acordo com a lei do Estado, cit., p. 18; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. t. IV – Direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 416; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 243-245; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Liberdades. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 312-313; HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 299; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 463-464.

[849] CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. rev. v. I. Coimbra: Coimbra, 2007, pp. 609-610.

[850] O STF já teve oportunidade de aplicar a liberdade de consciência ao confirmar a ilicitude da dispensa de empregados por parte de uma sociedade de economia mista quando fundada nas convicções político-partidários dos trabalhadores. V. STF, *DJ* 22 nov. 1991, RE 130.206/DF, Rel. Min. Ilmar Galvão.

[851] HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, cit., p. 300.

Indo além, José Afonso da Silva sustenta que o direito mais amplo é a *liberdade de pensamento e opinião*[852], que envolve a adoção de qualquer "atitude intelectual" acerca de todo tipo de matérias (ciência, arte, religião etc.), na forma de um pensamento íntimo, e sua efetiva expressão por meio de uma tomada de posição[853]. No plano interno, ela corresponde às *liberdades de consciência e de crença*, especificadas como *crença religiosa* e *convicção filosófica ou política*. Externamente, a liberdade de opinião se traduz no "exercício das liberdades de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural e de transmissão e recepção do conhecimento"[854].

As duas linhas não se contrapõem, mas antes se complementam. O que se deve ressaltar é a direta conexão entre as *liberdades do espírito.* A percepção que as pessoas têm de si e do mundo que as cerca interfere nos valores e nos juízos que elas adotam e, em alguma medida, é moldada ou filtrada por eles. Da mesma forma, as convicções políticas, religiosas, estéticas e filosóficas não ocupam departamentos estanques nas mentes e nos corações das pessoas, mas antes dialogam entre si, se não para buscar coerência, ao menos para orientar as condutas do sujeito. A vida das pessoas não se dá separadamente em cada um desses domínios, como se tomar uma decisão em matéria de estética, por exemplo, excluísse, de forma obrigatória, um juízo moral sobre a mesma questão. Ao agir, as pessoas não consideram só um ou outro critério de decisão, mas em geral vários deles – tanto que, por vezes, surge um conflito (*e.g.*, a religião ordena uma conduta moralmente injusta).

Isso destaca a correlação – e, em alguma medida, a confusão – que existe no *forum internum* entre pensamento, opinião, consciência, crença e convicção. Essas palavras, por sua

---

[852] Biscaretti de Ruffia, por sua vez, identifica a liberdade de consciência com a liberdade de pensamento em matéria religiosa, mas situa – aparentemente, por força de particularidades textuais da Carta italiana – a proteção do ateísmo na liberdade de pensamento e expressão em geral. V. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho Constitucional*. Tradução de Pablo Lucas Verdú. Madrid: Tecnos, 1973, p. 696. Em seu art. 19, a Constituição italiana garante o direito "de professar a própria fé" ("*Tutti hanno diritto di professare liberamente la propria fede religiosa in qualsiasi forma, individuale o associata, di farne propaganda e di esercitarne in privato o in pubblico il culto, purché non si tratti di riti contrari al buon costume*"), o que parece excluir os ateus, em uma interpretação mais literal.

[853] Linha semelhante parece ser seguida por David Little e é atribuída por ele ao Comitê de Direitos Humanos da ONU. Segundo o autor, seria um silêncio eloquente a omissão do termo "pensamento" em passagem na qual o Comitê trata da objeção de consciência, considerando que o "pensamento" é mencionado pelo mesmo artigo do Pacto Internacional que versa sobre a liberdade religiosa. Nas suas palavras, "parece que 'pensamento' é uma categoria bem mais abrangente que 'consciência, religião e crença". A última parece referir-se a um conjunto bastante restrito e seleto de 'pensamentos', a saber, certas convicções fundamentais que ocupam um lugar especialmente importante e potente na vida de um indivíduo" (LITTLE, David. Does the human right to freedom of conscience, religion, and belief have special status?, cit., p. 606, nota nº 9).

[854] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, cit., pp. 243-245. Em linha semelhante, v. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 296-298.

vez, remetem à *autodeterminação* dos indivíduos: a capacidade de formular juízos sensatos e refletidos, que todos devem reconhecer aos demais, abstendo-se de julgá-los segundo seus próprios critérios e orientações. Ela se expressa com particular relevância no âmbito ético, da definição do que é uma vida boa, mas não se limita a isso; a tutela da autodeterminação combate qualquer definição heterônoma de verdades e ideais de excelência (éticos, estéticos, econômicos etc.). Não é só para definir o bom e o ruim que a autodeterminação se presta, mas também para formar opiniões acerca de fatos e teorias: as convicções na plausibilidade do Big Bang, na reencarnação e na influência inglesa na Guerra do Paraguai são tão protegidas pelas liberdades do espírito quanto a defesa da caridade e da igualdade.

Há mais que isso, porém. Como as pessoas se distinguem ao se apresentarem às outras no mundo, a autodeterminação se manifesta, na prática, pela expressão das opiniões, crenças, pensamentos no *forum externum*. Se ninguém tem o monopólio da verdade, os indivíduos são, em alguma medida, como eles mesmos se veem e como os outros os enxergam a partir de seus atos e palavras – sendo certo que as opiniões alheias interferem na autopercepção e vice-versa. Dessa forma, ser e agir não são planos separados da existência; eles se comunicam a tal ponto que ninguém pode ser como considera melhor se não lhe for dado agir como considera melhor. Se as pessoas existem aos olhos das outras pela forma como agem, elas só poderão ser como quiserem se puderem agir como quiserem. Ademais, de pouco ou nada valeria um direito à autodeterminação que admitisse a tomada de decisões por conta própria, mas não sua efetiva implementação, sua transformação em ações[855-856].

É possível afirmar, assim, que as liberdades do espírito têm como seu *cluster right*, ou direito-mãe[857], o *direito à autodeterminação pessoal*, que se desdobra em duas dimensões amplas: a *liberdade de pensamento e consciência*, voltada à livre formação das convicções e

---

[855] Isso mostra a inegável proximidade entre a *liberdade de agir segundo sua convicção* e a *liberdade de agir* (*tout court*), inspirada por preferências ou inclinações – o que permite que se use a liberdade de consciência como base para um direito geral de liberdade em ordenamentos que não o prevejam. É o que defende, na Espanha, PRIETO SANCHÍS, Luís. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. *Pensamiento Constitucional*, v. VIII, n. 8, p. 61-102, 2001, p. 92 e ss.

[856] Como explica Steven D. Smith, "se defendemos a 'liberdade de consciência', provavelmente pretendemos proteger muito mais que nossa liberdade de *crer*"; tomando por base casos célebres de restrições a esse direito, o que se observa é que "as autoridades civis estavam perfeitamente dispostas a deixar que esses dissidentes *acreditassem* como se inclinavam em fazer, desde que admitissem conformar sua *conduta* – ou, ao menos, sua *expressão pública* – a alguma exigência civil" (What does religion have to do with freedom of conscience? *University of Colorado Law Review*, v. 76, n. 4, pp. 911-940, 2005, p. 922).

[857] *Cluster rights* são direitos que contêm outros direitos, conforme proposição de THOMSON, Judith Jarvis. *The realm of rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1990, p. 54 e ss. A expressão é utilizada como sinônimo de direito-mãe, com as consequências desenvolvidas adiante, por CANOTILHO, J.J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. *"Reality shows" e liberdade de programação*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 13.

opiniões; e a *liberdade de expressão*, relacionada à livre exposição e concretização desses pensamentos em palavras, gestos e condutas[858]. Uma das grandes vantagens da ideia de autodeterminação é que ela serve de ponte entre ideia e ação, entre consciência e expressão: as crenças e opiniões não são vistas como entidades que habitam exclusivamente o reino do pensamento, mas como efetivas motivações para agir, bases para condutas auto-ordenadas[859].

Antes de concluir o ponto, há ainda três observações relevantes a se fazer.

Em *primeiro* lugar, deve-se ter cuidado para que o direito à autodeterminação pessoal, amplo como é, não se desnature em uma espécie de liberdade absoluta, que, por óbvio, seria incompatível com a própria vida em sociedade. Dizer que é preciso tratar as pessoas como aptas a tomarem decisões sensatas e refletidas – *i.e.*, como fins em si mesmos, seres dotados de dignidade – não significa que todas as suas ações sejam *ipso facto* legítimas ou insuscetíveis de limitações.

São dois, em princípio, os alvos do referido direito[860]. De um lado, e como decorrência direta do princípio da dignidade humana, ele exige que os indivíduos sejam tratados como sujeitos e, assim, como credores de justificativas para as condutas estatais que os afetem. Em outras palavras: é preciso que o Estado forneça razões suficientes para embasar as medidas que impõe – o mínimo que um sujeito de direitos merece é ser tratado como um adulto, a quem se devem explicações e se espera convencer. Além disso e pela mesma razão, vedam-se *prima facie:* o *paternalismo, i.e.*, o tratamento dos indivíduos como se fossem incapazes, substituindo-se sua livre avaliação pela de terceiros; e o *perfeccionismo*, a imposição, como deveres, de ideais de excelência pessoal.

Em *segundo* lugar, nem todas as convicções têm o mesmo peso na vida de alguém. A inclinação momentânea por uma iguaria culinária não reflete o mesmo grau de importância, cogência ou reflexão que a opção por uma corrente política ou a conversão a uma religião. É

---

[858] A liberdade de expressão é tomada aqui em termos bastante generosos e amplos, tal como defendida por CANOTILHO, J.J. Gomes; MACHADO, Jónatas E. M. *"Reality shows" e liberdade de programação*, cit., p. 13 e ss. Defendendo a *permeabilidade categorial das liberdades religiosa e comunicativas*, v. WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*, cit., p. 81 e ss.

[859] Uma ideia semelhante talvez possa ser extraída da jurisprudência da Suprema Corte dos EUA. Segundo Steven D. Smith, na década de 1940, a Corte "obliquamente pavimentou o caminho para se tutelar a consciência secular [*i.e.*, para estender a proteção à manifestações não-religiosas da liberdade de consciência] ao tratar as Cláusulas do Livre Exercício [da religião] e da Liberdade de Expressão como um tipo de híbrido que protegeria a consciência" (SMITH, Steven D. What does religion have to do with freedom of conscience?, cit., p. 912). Em um dos casos citados pelo autor (*West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943)), afirmou-se que violava a Constituição dos EUA a conduta de forçar crianças, em escolas públicas, a saudar e jurar lealdade à bandeira do país, ainda que isso não pusesse em causa qualquer dever religioso.

[860] Essas observações remetem ao conteúdo que Daniel Sarmento defende para um *direito geral de liberdade* (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., pp. 160-162).

inviável fazer um inventário preciso e bem delimitado das infinitas possibilidades existentes aqui. De todo modo, a experiência mostra que as decisões de alguém, ainda que tomadas no exercício da mesma faculdade de autodeterminação, podem merecer tratamentos diferentes por envolverem circunstâncias distintas, com pesos, seriedade e riscos diversos[861]. Ter frustrada a vontade imediata de comer algo, em geral, não tem a mesma repercussão que praticar um ato considerado injusto ou ofensivo a Deus – e é preciso ter em conta essa distinção, que só pode ser examinada diante de circunstâncias concretas.

Em *terceiro* lugar, e por fim, autonomia e responsabilidade são dois lados de uma mesma moeda. Afinal, submeter terceiros às decisões de um indivíduo viola, em princípio, o direito *deles* à autodeterminação. Por essa razão, o peso desse direito aumenta à medida que os efeitos dos atos de alguém se concentram sobre si mesmo e, simetricamente, diminui conforme outros começam a sofrer as suas consequências. Daí se dizer que a manifestação prática das crenças e opiniões – em atos e palavras – tem um potencial maior de ofender direitos de terceiros que a simples construção de uma ideia.

Não por acaso, várias questões que poderiam ser mais propriamente tratadas sob o prisma da autodeterminação pessoal (como as liberdades sexuais e o livre desenvolvimento da personalidade) costumam ser examinadas sob a rubrica do *direito à privacidade*[862]. A ideia de esferas de proteção decrescente – que vão da intimidade personalíssima às relações sociais, passando pela vida privada, das relações familiares e íntimas[863] –, dá o tom de questões que, por envolverem escolhas puramente subjetivas e pessoais, e/ou não afetarem diretamente a terceiros, estranhos às relações, se colocam sob um controle tão absoluto quanto possível do

---

[861] Nesse sentido, v. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*, cit., p. 161.

[862] É assim, por exemplo, no direito norte-americano, que discute todas as questões relativas à liberdade sexual como possíveis aplicações do direito à privacidade. Nessa linha, ele foi invocado, *e.g.*, para: autorizar o uso de contraceptivos (*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Eisenstadt v. Baird*, 405 U.S. 438 (1972); *Carey v. Population Services Int'l*, 431 U. S. 678 (1977)); declarar inválida a criminalização ampla do aborto (*Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Planned Parenthood of Southeastern Pa. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992)); e para afirmar a inconstitucionalidade da proibição de relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo (*Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003)). Essa perspectiva parece ter se ampliado quando a Corte reconheceu o o casamento homoafetivo, afirmando que "o direito à escolha pessoal em relação ao casamento é inerente ao conceito de autonomia individual" (*Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. ___, at 12 (2015)). Talvez se tenha remetido à autodeterminação, evitando o direito à privacidade, para escapar da crítica feita pelo voto divergente do *Chief Justice* Roberts (acompanhado dos Juízes Scalia e Thomas): "os casos sobre a privacidade não oferecem apoio à posição da maioria, porque os requerentes não pedem privacidade. Muito ao revés, postulam o reconhecimento público de seus relacionamentos, seguido dos correspondentes benefícios governamentais" (Roberts, C.J., *dissenting*, at 18, (2015)).

[863] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, cit., pp. 83-84. Tratando de uma gradação semelhante, v. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 88, pp. 439-459, 1993.

próprio sujeito.

Ao contrário do que poderia parecer à primeira vista, existe uma relação direta entre a autodeterminação e a privacidade: como as pessoas, em alguma medida, são como as outras as veem – a forma como aparecem aos outros é constitutiva do que elas são –, decidir entre o que se quer mostrar e o que se quer ocultar dos demais integra a própria formação do sujeito. A singularidade do indivíduo, em um mundo compartilhado com uma pluralidade de outras pessoas, está ligada a essa capacidade de decisão sobre o que exibir e o que esconder, como aponta Hannah Arendt. Em sintonia com a sua teoria política, "a autoapresentação equivale à capacidade humana de ser livre"[864].

Do ponto de vista jurídico, a privacidade pressupõe a autonomia, mas elas nem sempre caminham juntas. Por isso, parece conveniente distinguir entre as competências de decidir (*autodeterminação*) e de definir o grau e os destinatários da exposição do que se pensa ou faz (*privacidade*). É viável e mesmo comum que o exercício de uma não prejudique o da outra, bem como que a restrição de uma não afete a outra. Assim, *e.g.*, as pessoas são livres para entrarem ou não em um relacionamento amoroso, mas, qualquer que seja sua decisão, é direito seu divulgar ou ocultar esse fato. Da mesma forma, e por maior que seja o direito que cada um tem de decidir como gastar o seu dinheiro, é possível que o sigilo dessas informações seja quebrado para instruir uma ação penal. Embora os pesos da autodeterminação e do direito à privacidade decresçam de modo parecido à medida que se deixa a esfera da intimidade, uma coisa é o direito de formar uma convicção e viver segundo ela, e outra, bem diversa, é o grau de segredo imposto a essa decisão.

Como se vê, apesar de estar diretamente relacionado à autodeterminação, o direito à privacidade não integra a mesma "família" de conceitos e valores associados a ele, e que inclui as liberdades de consciência e pensamento e de expressão. Esta tem um caráter mais *positivo*, uma vez que o sujeito se posiciona ativamente no mundo, construindo, expondo e concretizando ideias e convicções. Já a privacidade, no plano jurídico, tem um aspecto *negativo* mais saliente, pois confere ao sujeito o poder de impedir a divulgação de alguns fatos. Mais que uma "não-expressão" – que seria uma simples abstenção, um exercício normal do direito de (não) falar –, a privacidade é uma proibição à expressão e à informação alheia, voltada *prima facie* a impedir a divulgação e o conhecimento de certas questões por terceiros e, assim, vedar sua circulação no mercado de ideias.

---

[864] ASSY, Bethania. *Ética, responsabilidade e juízo em Hannah Arendt*. São Paulo: Perspectiva; Instituto Norberto Bobbio, 2015, p. 42.

Nada do que se disse nesta seção pretende servir de bisturi terminológico para apartar com precisão as figuras mencionadas (consciência, expressão, intimidade etc.) – que, como visto, estão bastante ligadas entre si. A preocupação com a ordenação conceitual (*i.e.*, com o *sistema externo*) é pertinente[865], mas não primordial; prevalece a pretensão de harmonizar os valores que se irradiam pela Constituição (*i.e.*, o *sistema interno*)[866]. A ideia aqui é organizar as várias posições jurídicas associadas à consciência para que, expondo as relações entre elas, seja possível não só identificar o espaço a ser ocupado pela religião neste cenário, mas também, e especialmente, como opera a eficácia interpretativa desses direitos sobre a liberdade religiosa.

Disso tudo, o que se pode extrair é que a liberdade de religião, inserida que está na liberdade de consciência e pensamento, é regida pelo signo da autodeterminação pessoal e, como tal, envolve uma parcela do poder que cada pessoa tem de decidir como se vê e ao mundo que a cerca, e como agir de acordo com essa convicção[867]. Além disso, por integrar o espaço da intimidade, é protegida, em alguma medida, pelo direito à privacidade. Essas ideias serão desenvolvidas de forma mais analítica na sequência. Antes, porém, parece indispensável enfrentar uma questão relevante: o que significa "religião" no direito constitucional? Será mesmo necessário encontrar um conceito jurídico de "religião"?

5.3 **Um conceito jurídico de religião?**

A liberdade religiosa se encaixa em uma definição mais ampla de autodeterminação

---

[865] Por exemplo, para tornar desnecessária, na prática judicial, a alegação simultânea de afronta à liberdade religiosa e à liberdade de expressão de um sacerdote impedido de expor sua doutrina a seus fiéis; ou das liberdades de crença e de consciência de quem invoca sua religião para se isentar do serviço militar.

[866] As expressões *sistema interno* e *sistema externo* foram empregadas aqui tal como expostas por LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 621 e ss. O sistema interno diz respeito aos valores e aos princípios da ordem jurídica, enquanto o sistema externo corresponde à ordenação dos conceitos em relações de gênero e espécie.

[867] Na síntese de Letícia de Campos Velho Martel: "A liberdade religiosa – direito, que envolve o de crer e o de não crer, de manifestar o credo (culto) e de formar grupamentos religiosos – é, sem razões para dúvida, dotado de *jusfundamentalidade*. Fazendo as vezes da liberdade de consciência e de manifestação do pensamento no que toca ao mundo não-fenomênico, ao transcendental, a liberdade religiosa salvaguarda escolhas identitárias de indivíduos e de comunidades. A religião é o mediador pelo qual indivíduos ou grupos interpretam a si mesmos e a realidade em que vivem, seu imbricamento com a formação e a manifestação da identidade é muito intenso. Em assim sendo, a liberdade religiosa é uma das liberdades que permite aos indivíduos e grupos construir sua maneira de ser no mundo; que dá lugar à possibilidade de as pessoas adotarem concepções morais, políticas, ideológicas – abrangentes ou não – a partir uma gramática específica" (MARTEL, Letícia de Campos Velho. "Laico, mas nem tanto": cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 9, n. 86, p. 11-57, 2007, p. 13).

pessoal. Ela é apenas uma manifestação específica do reconhecimento, a todas as pessoas, do direito de autodefinirem a sua identidade, compreendendo a si mesmas e ao mundo que as cerca. Mas, sendo esse o caso, por que conceder a ela um estatuto diferente? Por que não falar simplesmente em autodeterminação? O que justifica (se é que algo o faz) que a religião tenha um regime diferenciado em relação a outras convicções (*e.g.*, políticas, filosóficas)? Tudo isso se resume à seguinte indagação: há alguma peculiaridade na religião que conduza a uma proteção diferenciada de quem a invoque?

A onipresença da religião nos diplomas internacionais e nos ordenamentos jurídicos internos sugere uma preocupação particular. Sem dúvida, é possível que isso seja apenas uma reação a um passado de frequentes conflitos religiosos – cientes de que a crença é causa corriqueira de violência, ressalta-se o ponto para evitar a repetição de problemas passados[868]. Nesse sentido, a invocação da liberdade religiosa seria expletiva ou, talvez, apenas simbólica e, por isso, não exigiria necessariamente um regime especial. Outra possibilidade é que, sendo uma questão de identidade e de filiação a um grupo, a religião serve como um motivo mais comum para perseguições que outras convicções, como as filosóficas, que tendem a ser mais pessoais[869]. Não é preciso concordar com essas teses; basta admitir sua plausibilidade para dar ao argumento topográfico e literal o papel que ele merece: a referência textual à liberdade religiosa é um indício de sua particular importância histórica e social, mas não conduz obrigatoriamente a um estatuto diferenciado para a religião. Para confrontar o tema, é preciso fazer um juízo moral: por que a liberdade religiosa mereceria uma proteção maior?

Na investigação, esbarra-se, de imediato, em um problema maior. Não há um consenso – ou sequer mínima convergência – sobre o que se entende por *religião*. Convém aprofundar o ponto.

5.3.1 O que é "religião"?

Em 2014, o Ministério Público Federal ajuizou uma ação civil pública em que pedia a remoção de vídeos divulgados na internet com opiniões da Igreja Universal do Reino de Deus sobre a umbanda e o candomblé – na avaliação do MPF, o material seria ofensivo a essas

[868] DWORKIN, Ronald. *A raposa e porco-espinho*, cit., p. 575.

[869] NUSSBAUM, Martha. *Liberty of conscience*, cit., p. 165.

crenças. O pedido de antecipação de tutela foi indeferido pela 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro que, entre outros fundamentos, recusou a qualificação dos cultos de matriz africana como *religiões*[870]. A decisão suscitou muitas críticas – inclusive da parte de grupos cristãos[871] – e acabou sendo revista pelo juiz, que manteve a conclusão, mas afastou a tese acima[872].

Sem qualquer juízo de valor, o caso mostra não só a complexidade que existe na qualificação de um conjunto de crenças e práticas como uma religião, como os riscos que dela decorrem. Para além das dificuldades encontradas por acadêmicos, às vezes os próprios grupos rejeitam essa qualificação para si e suas crenças[873]. Ainda que, em outros domínios – *e.g.*, na Sociologia e na Antropologia –, fosse viável (e não é) fazer um recorte mais rigoroso do que se considera uma religião[874], o tema tem uma repercussão peculiar e delicada no Direito. Como sugere a decisão acima, a proteção constitucional pode estar presente ou não, em maior ou menor grau, em decorrência dessa classificação. Trata-se de um juízo com graves efeitos normativos[875].

Isso é ilustrado, em particular, pela situação de crenças e práticas mais recentes ou

---

[870] 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro, Processo nº 0004747-33.2014.4.02.5101 (2014.51.01.004747-2), j. 28 abr. 2014: "ambas manifestações de religiosidade não contêm os traços necessários de uma religião a saber, um texto base (corão, bíblia etc.) ausência de estrutura hierárquica e ausência de um Deus a ser venerado".

[871] PINTO, Marcelo. Juiz recua em manifestações sobre religiões africanas, mas mantém decisão. *Consultor Jurídico*, 21 maio 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-21/juiz-recua-manifestacoes-religioes-africanas-mantem-decisao>. Acesso em: 16 ago. 2016.

[872] Em outra decisão (20 maio 2014), afirmou o magistrado: "Destaco que o forte apoio dado pela mídia e pela sociedade civil, demonstra, por si só, e de forma inquestionável, a crença no culto de tais religiões, daí porque faço a devida adequação argumentativa para registrar a percepção deste Juízo de se tratarem os cultos afro-brasileiros de religiões, eis que suas liturgias, deidade e texto base são elementos que podem se cristalizar, de forma nem sempre homogênea".

[873] WOODHEAD. Linda. Five concepts of religion, cit., p. 122.

[874] A complexidade do tema é sublinhada por Linda Woodhead, que indica cinco conceitos diversos de religião (religião como: (i) cultura, (ii) identidade, (iii) relação, (iv) prática, e (v) poder), subdivididos em outras categorias. Ela ressalta que cada um deles – ou uma combinação particular de alguns deles – pode ser mais ou mais relevante para um estudo, a depender do seu escopo, do seu objetivo e da sua metodologia. O que se extrai da sua análise é que o fenômeno religioso, em si, complexo, tanto que só poderia ser inteiramente compreendido levando em conta essas cinco linhas, embora – registra a autora – nem elas esgotem o tema (WOODHEAD. Linda. *Op. cit.*, p. 138). Sobre o tema, v., ainda, dentre muitos outros, SHARMA, Arvind. *Problematizing religious freedom*, cit., pp. 17-71.

[875] V. SANDBERG, Russell. *Law, religion and society*, cit., pp. 38-39, destacando que, embora todas as definições (inclusive as acadêmicas) sejam um mecanismo de inclusão e exclusão, aquelas incorporadas pelo Direito têm força normativa no âmbito de cada jurisdição. V., ainda, CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Magyar Keresztény Mennonita Egyház and Others v. Hungary*, nos. 70945/11, 23611/12, 26998/12, 41150/12, 41155/12, 41463/12, 41553/12, 54977/12 and 56581/12, § 90, 8 April 2014: "Na perspectiva da Corte, essas definições [de religião e atividades religiosas] têm repercussões diretas no exercício, pelo indivíduo, do direito à liberdade de religião, e são capazes de restringi-lo se a atividade do sujeito não for reconhecida como religiosa". Nos EUA, a Suprema Corte afirmou que "apenas as crenças fundadas na religião são protegidas pela *Free Exercise Clause*" da 1ª Emenda (*Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division* et al., 450 U.S. 707, 714 (1981)).

incomuns. Nos EUA, no fim do século XIX, a defesa da poligamia como um elemento da religião mórmon foi afastada pela Suprema Corte com base na impossibilidade de se inserir essa conduta na definição de religião[876]. Na Espanha, mais recentemente, a Igreja da Unificação teve negado o seu registro como "entidade religiosa", entre outros motivos, porque lhe faltaria caráter religioso: para a Administração, o grupo não teria nem dogmas definidos, nem um culto específico. Embora esse ponto tenha sido revertido no curso do contencioso administrativo, o Tribunal Constitucional fez questão de "insistir em que a Administração não deve tomar para si a função de julgar o componente religioso das entidades solicitantes da inscrição no Registro"[877]. Na Índia, a intervenção governamental em um projeto conduzido pelos seguidores de um sábio levou a uma discussão judicial sobre a natureza de sua doutrina. Para a Suprema Corte, a autocompreensão do grupo deveria ser a principal referência para resolver o ponto, mas, para tanto, recorreu-se, não à opinião da comunidade em si, mas à palavra do sábio e sua principal seguidora, que sempre teriam negado a natureza religiosa de seus ensinamentos. Ou seja: a Corte afastou a proteção ao contrariar o grupo na interpretação do sentido da sua própria crença[878].

Como se vê, definir o que configura uma religião parece um elemento importante da proteção dos discursos fundados na liberdade religiosa[879]. Mas o ponto está longe de ser simples. Em geral, aponta-se a existência de duas grandes correntes a respeito do tema[880].

A *primeira* delas procura uma definição dita *substancialista* da religião, distinguindo-a pelo que é – *i.e.*, identificando caracteres objetivos que permitiriam diferenciá-la, por sua essência, de outros tipos de cosmovisões. Inserem-se aqui aquelas definições que exigem, *e.g.*, a referência a um Ser Superior ou ao sobrenatural, livros sagrados, hierarquias, orações ou

---

[876] *Davis v. Beason*, 133 U.S. 333 (1890).

[877] *Sentencia 46/2001*, de 15 de febrero 2001, § 10.

[878] Houve outros fundamentos também, mas o fato de isso ter sido destacado é digno de nota. V. *S.P. Mittal v. Union of India & Ors.* [1982] INSC 81; AIR 1983 SC 1; 1983 (1) SCR 729; 1983 (1) SCC 51; 1982 (2) SCALE 1001. Ficou vencido o Juiz Chinnappa Reddy, para quem o peso maior deveria ser dado, não à opinião do próprio Sri Aurobindo – já que "nenhum grande doutrinador religioso afirmou que estaria criando uma nova religião ou escola de pensamento religioso" –, mas sim à orientação prevalecente entre os seus discípulos e a comunidade.

[879] Tratando da disciplina educacional, a Suprema Corte dos EUA chegou a destacar que "uma forma de vida, por mais virtuosa e admirável que seja, não pode ser erigida como um obstáculo contra uma regulação estatal razoável da educação se for baseada considerações puramente seculares; para ter a proteção [da liberdade religiosa], essas pretensões devem ser fundadas em crenças religiosas" (*Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, at 215 (1972))

[880] Essa classificação está presente em praticamente toda a literatura: WILLAIME, Jean-Paul. *Sociologia das religiões*, cit., p. 187 e ss.; BOBINEAU, Olivier; TANK-STORPER, Sébastien. *Sociologia das religiões*, cit., p. 133 e ss.; DWORKIN, Ronald. *Religion without God*. Cambridge: Harvard University Press, 2013 (Kindle Edition), p. 116 e ss./180; MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, cit., p. 208 e ss.; SANDBERG, Russell. *Law, religion and society*, cit., p. 47 e ss.

espécies de ritos. A primeira decisão da 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro, mencionada no início do tópico, segue essa orientação. Outra manifestação nesse sentido foi feita por René Ariel Dotti para defender que o tipo penal de discriminação ou preconceito religioso não protegeria o espiritismo, a umbanda e o candomblé[881].

Qualquer que seja sua valia em outros domínios, essa postura é bastante problemática no Direito. Afirma-se isso por duas razões. Em *primeiro* lugar, não parece viável supor ou exigir uma precisão conceitual aqui. As religiões não são objetos de fato precisos, a serem diferenciados de outros fenômenos a partir de critérios empiricamente observáveis, definidos com base em convenções (*e.g.*, o número de prótons nos elementos químicos). Não há átomos de religião que permitam identificá-la no mundo. Dessa forma, em *segundo* lugar, a adoção de uma linha substancialista exigiria que o Estado elegesse os critérios distintivos que considerasse mais adequados, promovendo um recorte arbitrário da proteção constitucional[882]. Isso seria especialmente perigoso para as minorias – sujeitas à definição majoritária de religião – e para as novas crenças, que ficariam em perigo por não compartilharem os traços das denominações tradicionais[883]. Como religiões não são como frutas ou minérios, a escolha dos seus elementos "essenciais" seria feita sempre tomando como ponto de partida um conjunto dado de crenças – enquanto estas ficariam protegidas *a priori*, por definição, as outras só o seriam caso se encaixassem nos moldes daquelas.

A questão é bem mais delicada do que parece. A definição de religião ocupa e divide filósofos, sociólogos, antropólogos e juristas há séculos sem perspectiva de consenso. Agrega-se à complexidade do tema o reconhecimento de que a categoria da religião, em si, é um produto do cristianismo, tendo nascido no contexto de sua acomodação no mundo greco-romano – quando foi preciso distinguir o que era "de Deus" ou "de César" – e florescido durante a Reforma[884]. O próprio uso do termo já pressupõe um conjunto de elementos ou aspectos que são tipicamente ocidentais, como um corpo doutrinário, a diferenciação entre o sagrado e o

---

[881] DOTTI, René Ariel. Liberdades de opinião e de crítica – O espiritismo como filosofia e ciência. *Revista dos Tribunais*, n. 100, v. 907, pp. 175-232, maio 2011.

[882] CHOPER, Jesse H. Defining "religion" in the First Amendment. *University of Illinois Law Review*, n. 3, pp. 579-613, 1982, p. 580. Nas palavras do *Chief Justice* Latham, do Tribunal Superior (*High Court*) da Austrália: "Não cabe a uma corte, com base em algum critério dado *a priori*, desqualificar certas crenças como incapazes de serem religiosas em sua natureza" (*Adelaide Company of Jehovah's Witnesses Incorporated v Commonwealth ('Jehovah's Witnesses case')* [1943] HCA 12; (1943) 67 CLR 116 (14 June 1943), *per* Latham C.J., § 6).

[883] MARSHALL, William P. In defense of *Smith* and free exercise revisionism. *University of Chicago Law Review*, v. 58, n. 1, pp. 308-328, 1991, pp. 310-311.

[884] PETTY, Aaron R. The concept of "religion" in the Supreme Court of Israel. *Yale Journal of Law and the Humanities*, v. 26, n. 2, pp. 211-268, 2015, pp. 255-256.

secular e a fidelidade exclusiva. O primeiro até está presente, *e.g.*, no budismo, mas é pouco pertinente na realidade do xintoísmo. Já o segundo é marcadamente ausente no Islã, que cobre toda a existência humana, enquanto o terceiro ignora a situação do Japão, em que a soma dos fiéis de cada credo supera o número de habitantes em razão da múltipla filiação[885].

Na tentativa de evitar esses problemas, a *segunda* corrente busca uma definição *funcionalista* da religião, fundada, não no que ela é, mas na função que ela desempenha. Essa abordagem é mais ampla que a outra: seria protegido todo conjunto de crenças que exercesse, na vida das pessoas, um papel semelhante ao das religiões tradicionais. Nessa linha, as confissões comuns não são tomadas como referências conceituais a partir do seu conteúdo doutrinário, da sua organização ou da sua prática, mas para que se conceda o mesmo tratamento a todas as pessoas que vivam segundo orientações que exercem uma influência semelhante sobre os indivíduos. A concepção funcionalista foi particularmente relevante nos casos de objeção de consciência, quando esta, embora admitida quando fundada em crença religiosa, foi invocada, *e.g.*, para evitar o serviço militar ou a convocação à guerra por pessoas que defendiam doutrinas incomuns ou até concepções éticas não religiosas[886].

Segundo Lawrence Tribe, a definição de religião só atenderá aos fins da liberdade religiosa se for suficientemente ampla para alcançar a multiplicação e a diversidade das crenças[887], e deve ser feita a partir da perspectiva do fiel[888]. O procedimento mais comum tem sido traçar analogias com religiões reconhecidas amplamente. Mas, quando a comparação é feita com aspectos externos do sistema de crenças ou da organização religiosa – *e.g.*, o número de seguidores, a antiguidade da religião, a estrutura das instituições, a forma das orações –, ela limita indevidamente o conceito de religião. Por isso, a preocupação com fraudes deve se

---

[885] SMART, Ninian. *The world's religions:* old traditions and modern transformations. Cambridge: Cambridge University Press, 1992, p. 463; SHARMA, Arvind. *Problematizing religious freedom*, cit., p. 27-31.

[886] No Brasil, esse problema não se colocaria, em princípio, porque o art. 5º, VIII, da Constituição não fala apenas em "crença religiosa", mas também em "convicção filosófica ou política". Nos EUA, a Suprema Corte interpretou que a exigência de uma crença em um "Ser Superior" contida na legislação militar, alcançava todas as crenças que tivessem, na vida de que as professasse, uma posição paralela à das religiões tradicionais. V. *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163, at 176 (1965). Três casos foram julgados: nos dois primeiros (Seeger e Jackson), as partes sustentavam uma crença na "bondade", enquanto no terceiro (Peter), extraíam-se deveres morais de "algum poder manifesto na natureza".

[887] O mesmo destacou o Min. Marco Aurélio em voto-vista que proferiu no Supremo Tribunal Federal: "Ao contrário dos teólogos e cientistas sociais, preocupados apenas com a ciência que praticam, o pluralismo impede que o Poder Judiciário adote uma definição ortodoxa de religião. Exige-lhe leitura compreensiva das práticas sociais a fim de classificá-las como religiosas ou não, haja vista que tanto o direito como a religião são subprodutos da cultura" (STF, *DJ* , RE 562.351/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

[888] TRIBE, Lawrence H. *American Constitutional Law*, cit., p. 1181.

colocar, não na expressão da crença, mas na sinceridade do indivíduo[889]. Em linha semelhante, a Corte Europeia de Direitos Humanos considera que apenas as convicções ou crenças com particular cogência, seriedade, coesão e importância atraem a proteção à liberdade religiosa, tal como prevista na Convenção[890].

Embora não se possam menosprezar os riscos envolvidos na aferição da sinceridade do sujeito – que poderia refletir eventuais preconceitos do julgador sobre a credibilidade da crença por ele afirmada[891] –, esse exame parece inevitável: não se pode admitir que alguém tenha uma vantagem mentindo a respeito de suas crenças. Por sua vez, não há como garantir que a pré-compreensão do intérprete não afetará o resultado do julgamento. O que se pode fazer – e, de fato, se faz – para minimizar o perigo de desvios e perseguições é diminuir o peso das avaliações individuais, *e.g.*, criando meios de impugnação (como os recursos) e instituindo órgãos de decisão colegiados.

Mas a reflexão não pode parar na sinceridade. Conquanto relevante, não é suficiente que o sujeito esteja, de fato, convicto do que diz e o aplique em sua vida. A discussão posta acima é outra: estão protegidas quaisquer orientações, ainda que efetivamente abraçadas com intensa convicção pela pessoa? Um católico devoto pode crer, com a mesma sinceridade, na teoria do Big Bang, mas esta orientação, ao contrário da sua religião, talvez não lhe ofereça, em princípio, o mesmo grau de proteção. O problema com as concepções funcionalistas está justamente nessa abertura: elas acabam não traçando qualquer demarcação entre as religiões e as demais convicções. Consequentemente, até doutrinas filosóficas como o marxismo poderiam se enquadrar como religiões[892]. Por isso, concepções funcionalistas acabam sendo mais

---

[889] Foi nesse sentido que a Suprema Corte dos EUA afirmou que não é veracidade da crença que está em jogo, mas o efetivo compromisso do objetor a elas (*Gilette v. United States*, 401 U.S. 437, at 457 (1971), em que se cita *United States v. Seeger*, 380 U.S. 163, at 185).

[890] Nessa linha, a mera invocação da crença na autonomia individual não foi considerada suficiente para atrair a incidência da liberdade religiosa em favor de uma requerente que pretendia praticar um suicídio assistido (*Pretty v. the United Kingdom*, no. 2346/02, § 82, 29 April 2002). Sobre a qualificação das crenças protegidas de forma geral, v. *F.G. v. Sweden* [GC], no. 43611/11, § 144, 23 March 2016; *Gough v. the United Kingdom*, no. 49327/11, § 188, 28 October 2014; *Bayatyan v. Armenia* [GC], no. 23459/03, § 110, 7 July 2011; *S.A.S v. France* [GC], no. 43835/11, § 54, 1 July 2014; *Eweida and Others v. the United Kingdom*, nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, § 81, 15 January 2013; *Leela Förerkreis E.V. and Others v. Germany*, no. 58911/00, § 80, 6 November 2008; *Jakóbski v. Poland*, no. 18429/06, § 44, 7 December 2010.

[891] MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, cit., p. 215. Outro risco envolve aqueles que, não se inserindo em um grupo religioso tradicional, embora adotem certas crenças com sinceridade, não consigam articulá-las claramente. Em geral, isso tenderia a gerar um corte socioeconômico entre os beneficiários da objeção de consciência. É o que sustenta NUSSBAUM, Martha. *Liberty of conscience*, cit., p. 173.

[892] TRIBE, Lawrence H. *American Constitutional Law*, cit., p. 1.180-1.182; DWORKIN, Ronald. *Religion without God*, cit., p. 116 e ss./180.

apropriadas como definições de consciência que de religião[893].

Tentando resolver esse imbróglio, alguns autores tentaram construir uma *terceira* via, chamada *tipológica* ou *analógica*. Diferentemente dos *conceitos* – que exigem a presença cumulativa de elementos pré-definidos e certos –, os *tipos* funcionam a partir de parâmetros e características enunciadas de forma mais aberta, em geral por meio de casos exemplares. Não é preciso que todos esses traços estejam presentes, mas que haja um ou alguns com peso suficiente para que se possa afirmar o enquadramento da situação no tipo[894]. A ideia é fornecer um referencial aberto à realidade, permitindo que se identifique, até em novas manifestações religiosas, elementos comuns ou semelhantes a outras confissões. Procura-se, assim, combinar as concepções anteriores, substancialista e funcionalista, usando uma como corretivo da outra[895]. Tomam-se como ponto de partida algumas religiões pacificamente admitidas como tais, para, a partir de semelhanças e diferenças, justificar argumentativamente a qualificação de outro conjunto de crenças como uma religião ou algo diverso. Um dos elementos que se costuma destacar neste particular é a *heteronomia* da crença religiosa que, diferentemente de muitos outros aspectos da consciência, não se apresenta para o fiel como uma decisão voluntária – uma opção ou uma preferência –, mas como algo dotado de uma realidade objetiva, que se *impõe* a ele como um dado inquestionável[896].

O uso dessa metodologia analógica é defendido por Eduardo Peñalver, que afirma alinhar-se, em parte, a Kent Greenawalt e George C. Freeman III[897]. Para evitar o viés em favor das religiões ocidentais tradicionais, ele sugere que o intérprete compare o sistema de crenças em discussão com diversos outros, incluindo, pelo menos, uma teísta, uma não teísta e uma

---

[893] É o que aponta, comentando a decisão da Suprema Corte dos EUA no caso *United States v. Seeger*, PEÑALVER, Eduardo. The concept of religion, cit., p. 798.

[894] Sobre o tema, v. V. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., pp. 254 e ss., e 561 e ss.; GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 226.

[895] MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, cit., p. 219. V. também WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*, cit., p. 101 e ss.

[896] É o que destaca Michael J. Sandel: "No liberalismo contemporâneo [...] a liberdade religiosa serve à missão mais ampla de proteger a autonomia individual. Nessa perspectiva, o governo deve ser neutro em relação à religião pelas mesmas razões por que deve ser neutro diante de concepções concorrentes acerca da vida boa, de forma geral – para respeitar a capacidade das pessoas de escolher seus próprios valores e fins. Mas apesar de sua promessa libertadora, ou talvez por causa dela, essa missão mais ampla deprecia a pretensão daqueles para quem a religião não é uma expressão de autonomia, mas uma questão de convicção, desvinculada de uma escolha. Proteger a religião como um estilo de vida, como um dentre os valores que um *self* independente pode ter, pode deixar escapar o papel que a religião desempenha nas vidas daqueles para quem a observância de deveres religiosos é um fim constitutivo, essencial ao seu bem e indispensável a sua identidade" (SANDEL, Michael J. Religious liberty, cit., especialmente p. 610 e ss.). O ponto também é sublinhado por MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, cit., p. 219.

[897] PEÑALVER, Eduardo. The concept of religion, cit., p. 814 e ss.

panteísta. Alguns elementos que podem sugerir ou confirmar a condição de uma doutrina como religiosa seriam a não-submissão a padrões científicos ou filosóficos de racionalidade e confirmação (em particular, pela remissão a uma verdade ou autoridade absoluta) e a tentativa de fornecer um sentido global da existência humana e sua natureza após a morte. Na sequência, para evitar o favorecimento da compreensão do Ocidente, devem ser aplicados alguns limites negativos – não se pode negar o caráter religioso de uma crença só porque ela: **(i)** não inclui um conceito de deus ou deuses; **(ii)** não tem certas características estruturais ou institucionais (*e.g.*, clero); e **(iii)** não enfatiza ou diferencia o sagrado, espiritual, sobrenatural ou extramundano.

No Brasil, um raciocínio nessa linha foi desenvolvido pelo Min. Marco Aurélio, no Supremo Tribunal Federal, quando se discutiu a respeito da extensão da imunidade tributária dos templos (CRFB, art. 150, VI, *b*) às lojas maçônicas: enquanto o relator – Min. Ricardo Lewandowski –, acompanhado pela maioria, recorreu ao *site* da parte, em que afirmava não ser "uma religião com teologia", o Min. Marco Aurélio, em voto-vista, procurou semelhanças com as crenças tradicionais para concluir pelo reconhecimento da imunidade. Confira-se o trecho relevante do seu voto[898]:

> Ora, há inequívocos elementos de religiosidade na prática maçônica. No mais, atentem para a norma constitucional: ela protege o culto. E este consiste em rituais de elevação espiritual, propósitos intrincados nas práticas maçônicas, que, se não podem ser classificadas como genuína religião, segundo a perspectiva das religiões tradicionais – e o tema é controverso –, estão dentro do escopo protetivo da Constituição de 1988.
> Sem dúvida, certas limitações ao ingresso em algumas lojas maçônicas causam perplexidade, pois possuem natureza anacrônica. Acontece que algumas religiões também estabelecem restrições sobre a vida de seus fiéis, ingerem em comportamentos públicos e privados. A ancestralidade das religiões traz consigo os preconceitos do passado, os quais não impedem o reconhecimento público de seus valores.

Mas a questão não é só conceitual; há um problema de justiça aqui[899]. Para alguns autores, a igualdade é violada quando o Estado isenta da observância de leis gerais quem invoque uma objeção de natureza religiosa, porque aqueles com razões de índole não religiosa não têm o mesmo tratamento[900]. Kent Greenawalt afirma adotar uma definição limitada de religião, mas defende que, por força do princípio da isonomia e da própria laicidade, o Estado estenda um tratamento idêntico, em muitos casos, a quem sustente razões de consciência de

---

[898] STF, *DJ* , RE 562.351/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski (trecho do voto-vista do Min. Marco Aurélio).

[899] SAPIR, Gidon; STATMAN, Daniel. Why freedom of religion does not include freedom from religion. *Law and Philosophy*, v. 24, p. 467-508, 2005, p. 486.

[900] SHERRY, Suzanna. Lee v. Weismann: paradox redux. *The Supreme Court Review*, p. 123-154, 1992, p. 124; MARSHALL, William P. In defense of *Smith* and free exercise revisionism, cit., p. 319 e ss.

índole não religiosa[901].

Ronald Dworkin também rejeita uma distinção especial em favor da religião. Segundo ele, como quase qualquer convicção pode se enquadrar em uma concepção generosa de religião, dar à sua invocação a força de um trunfo contra as decisões do Estado em geral seria conceder às pessoas uma imunidade ampla demais às injunções da vida coletiva. Por isso, ele defende que a liberdade religiosa não seria um *direito especial* (como, *e.g.*, a liberdade de expressão), mas uma simples manifestação da *independência ética* do ser humano. Assim, só medidas estatais perfeccionistas ou paternalistas, que procurassem promover ideais de vida boa para os próprios sujeitos poderiam ser questionadas com base na liberdade religiosa[902]. Relevantes, então, seriam as *razões* oferecidas pelo Estado para fundamentar seus atos, e não propriamente o conteúdo destes.

Em sentido oposto, Jónatas Machado aponta que essa orientação descaracteriza o fenômeno religioso, promovendo a "sua completa desmitologização e secularização"[903]. De forma ainda mais enfática, afirma Michael W. McConnell[904]:

> Em seu núcleo, a [norma que tutela a liberdade religiosa] [...] refletia uma posição teológica: que Deus é soberano. Ela também refletia uma teoria política: que o governo é uma associação subordinada. As posições teológicas e políticas estão ligadas. Reconhecer a soberania de Deus é reconhecer uma pluralidade de autoridades e impor ao governo a necessidade de humildade e contenção. Negar que o governo tenha uma obrigação de deferência, quando possível, aos ditames da consciência religiosa é negar que poderia haveria algo como "Deus" que poderia ter uma pretensão superior à lealdade dos cidadãos – é afirmar que o governo é, em princípio, a autoridade máxima.

Outro aspecto a ser considerado diz respeito ao caráter bilateral desse conceito, que é empregado tanto para proteger o discurso religioso (na liberdade religiosa) quanto para limitar o seu emprego (no princípio da laicidade)[905]. Consequentemente, definições muito amplas de religião, pensadas para maximizar a proteção constitucional, podem contribuir para remover do espaço público temas relevantes. Isso tem levado autores a pensar até na aplicação de dois

---

[901] GREENAWALT, Kent. Diverse perspectives and the Religion Clauses, cit., p. 1457.

[902] DWORKIN, Ronald. *Religion without God*, cit., p. 128 e ss./180.

[903] MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, cit., p. 198.

[904] McCONNELL, Michael W. Free exercise revisionism and the *Smith* decision. *University of Chicago Law Review*, v. 57, n. 4, pp. 1.110-1.153, 1990, p. 1.152.

[905] Nessa linha, em uma *concurring opinion*, o Juiz Adams, da *U.S. Court of Appeals for the Third Circuit*, utilizou uma definição por analogia, a partir da decisão da Suprema Corte em *United States v. Seeger*, para declarar a inconstitucionalidade da oferta de determinada disciplina – qualificada como religiosa por aplicação do seu teste – nas escolas públicas de New Jersey. Trata-se do caso *Malnak v. Yogi*, mencionado por PEÑALVER, Eduardo. The concept of religion, cit., pp. 799-800.

conceitos distintos – um para a laicidade (religião é tudo o que não seja defensável como não religioso) e outro para a liberdade (religioso é o que seja defensável como religioso)[906].

5.3.2 Tomada de posição: desnecessidade de delimitação conceitual da religião

Ao menos quando transposta para o Direito, a discussão acima parece decorrer da indevida submissão de um debate *normativo* a uma reflexão *descritiva* ou *conceitual*. Se a afirmação de um conceito de religião tem repercussões normativas relevantes, a ponto de prejudicar determinados grupos em comparação com outros, há uma questão prévia a ser respondida: é mesmo necessário buscar esse conceito? Dito de outra forma: há razões fortes o suficiente para dar à religião um estatuto jurídico diferenciado? Como se vê, o cerne da questão não é a identificação da pureza do fenômeno religioso ou sua compreensão em toda a sua complexidade, mas a razoabilidade da distinção entre motivos religiosos e não religiosos para fins de proteção à liberdade e de limitação à atividade estatal. O problema, assim, é de justiça e, principalmente, de isonomia, como alguns autores indicados acima bem anteviram.

Para responder a essa questão, pode-se recorrer a um exercício comparativo, usando doutrinas cujo caráter religioso seja inquestionável e outras, cuja índole não religiosa seja igualmente indisputada, para verificar se faz diferença sua qualificação nessas categorias. Para ver como se comportam, é preciso inseri-las nos cenários mais comuns de questões constitucionais envolvendo a religião, a saber: **(i)** a discriminação por motivo religioso; **(ii)** a liberdade religiosa, no sentido de decisão livre quanto ao crer ou não e no quê; e **(iii)** a laicidade do Estado, a vedação a que este tome partido nas contendas religiosas.

Inicie-se pelo **Cenário (i)**, provavelmente o mais simples. A previsão de um gravame ou a exclusão de um benefício, fundadas apenas na religião dos interessados já oferece, ao menos, uma aparência de invalidade. Mas o mesmo ocorreria se a restrição se baseasse, tão somente, na etnia ou no gênero do sujeito. Não por acaso, as disposições constitucionais e convencionais que se voltam à vedação da discriminação não se limitam à religião, mas antes alcançam diversas outras categorias. O problema é o caráter irrazoável da diferença de tratamento, e não a eleição de um critério específico para fundamentá-la.

---

[906] Essa ideia foi defendida por Lawrence Tribe na primeira edição de sua principal obra, mas o autor a abandonou mais adiante, por considerá-la incompatível com o texto da Constituição dos EUA. V. TRIBE, Lawrence. *American Constitutional Law*, cit., p. 1.186, nota nº 53.

Passando ao **Cenário (ii)**, imaginem-se três leis distintas: a primeira obriga todos a observarem o jejum no Ramadã; a segunda impõe a todos o dever de jurar lealdade ao Estado sobre todas as coisas; e a terceira, pensando na saúde das pessoas, as proíbe de trabalharem nos seus dias de folga, inclusive como autônomos. Todas essas leis são incompatíveis com o reconhecimento da dignidade humana pela simples razão de que forçam todos a afirmar (ou viver segundo) convicções que não necessariamente correspondem às suas. É outra questão saber se disso decorre a exigência de acomodação ou isenção dos dissidentes ou a invalidade abstrata da norma. O fato de as convicções impostas serem religiosas é irrelevante; ao menos para a suspeita de inconstitucionalidade, basta a tentativa do Estado de se substituir às pessoas na eleição dos valores que consideram mais caros. Tão absurdo quanto forçar a participação de judeus em missas católicas é *exigir* que alguém concorde com a teoria de Marx, a doutrina moral de Kant ou mesmo com a Terceira Lei de Newton.

No **Cenário (iii)**, são novamente três os atos normativos: o primeiro impõe que as sessões do Legislativo se iniciem com o *takbir* (a proclamação *Allahu akbar*, "Allah é o maior"); o segundo exige que os rótulos dos produtos alimentícios indiquem, em destaque, a presença de glúten, como alerta aos celíacos; e a terceira afirma a adesão do Estado à doutrina *juche*, tal como definida pelo Grande Líder da Coreia do Norte, Kim Il Sung. Enquanto o segundo ato é claramente válido do ponto de vista da laicidade, o primeiro e o último são, ao contrário, manifestamente incompatíveis com ela. A diferença entre um e outros está no seu caráter (ir)refutável: o endosso do Islã e da doutrina *juche* remete a verdades inquestionáveis e absolutas; enquanto a indicação da presença de glúten se fundamenta em conclusões sobre a relação entre esse componente e a doença celíaca que podem ser confirmadas ou revistas por qualquer um. Não é o caráter científico, por si só, que o legitima – o marxismo e o kardecismo também reivindicam, em maior ou menor grau, um *status* científico. Tampouco é a certeza absoluta ou a convicção (que pode decorrer tanto da fé quanto da experimentação controlada) ou mesmo o caráter voluntário da adesão (já que Deus não aparece para o crente como uma opção, tal como a aceitação de que um átomo de hidrogênio só tem um próton é irrecusável para um químico diante da sua estrutura atômica).

Em todos os cenários apresentados, a religião não se destacou. Ao contrário, restou claro que a preocupação constitucional não é exatamente com os contornos da doutrina ou mesmo com o papel que ela desempenha na vida de quem a professe, mas com a repercussão de uma medida sobre a isonomia, a independência ética das pessoas e o dever do Estado de sempre agir demonstrando ter igual respeito e consideração por todos. Qualquer conduta que vá de encontro a essas exigências será inválida, em princípio, e seria um tanto bizarro oferecer proteção ou

impor restrições apenas se o discurso for religioso, quando a finalidade das disposições constitucionais pertinentes é igualmente contrariada em outros contextos[907]. Nesse sentido, a previsão de normas explícitas dirigidas à religião se justifica mais como uma especificação de enunciados mais amplos – para fins de clareza e por razões históricas e pragmáticas diante dos (ainda) comuns conflitos religiosos –, do que por razões morais e de justiça. É por isso que ainda se justifica falar em liberdade religiosa ou pensar na aplicação da laicidade aos discursos relativos à religião.

No entanto – é importante que se ressalte –, nada disso quer dizer que as religiões terão, sempre e em todos os casos, o mesmo grau de proteção ou restrição que outros tipos de discurso[908]. As características que costumam ser indicadas para destacá-las (*e.g.*, heteronomia ou cogência, tentativa de fornecer uma explicação geral do mundo, combinação de descrição e prescrição[909], efeitos extratemporais, ligação com poderes sobre-humanos), além do impacto psicológico e social[910] de uma eventual não-conformidade, servem para calibrar seu peso relativo nas ponderações com outros direitos e fins que justifiquem tentativas de restringir seu exercício. De fato, é diferente se negar a cumprir um dever geral (*e.g.*, serviço militar) por

---

[907] Em linhas gerais, é o que defende NICKEL, James W. Who needs freedom of religion?, cit., para quem a liberdade religiosa não depende de uma consagração autônoma; a proteção que ela confere já está abrangida pelas nove liberdades que ele indica (crença, pensamento e questionamento; comunicação e expressão; associação; reunião pacífica; participação política; locomoção; liberdades econômicas; privacidade e autonomia em matéria de lar, família, sexualidade e reprodução; liberdade de seguir um estilo ou plano de vida ético ou tradicional). Essa linha tem diversas vantagens: uma delas é fornecer uma concepção ecumênica da liberdade de expressão, que independe de um conceito preciso de "religião", porque protege igualmente convicções próximas, de índole filosófica ou ética; outra é sublinhar o caráter integrado dos direitos fundamentais, demonstrando a unidade do catálogo constitucional.

[908] Como bem observa Eduardo Mendonça, o reconhecimento disso é algo que se deve ao comunitarismo: "o que [o comunitarismo] faz é denunciar a fragilidade da ideia de um ser humano desenraizado e da pretensão de um Estado neutro em relação às diferentes concepções de bem. Para usar um exemplo expressivo, veja-se que um Estado inteiramente neutro teria pela frente uma dificuldade teórica ao proteger uma manifestação religiosa com mais intensidade do que a filiação a uma associação de bairro ou mesmo a um clube de futebol. Véus muçulmanos nas escolas ou crucifixos nas salas de audiência não deveriam aspirar à maior proteção do que um suposto direito do aluno e do juiz de comparecer a aula e presidir audiência envergando a camisa do Flamengo. O valor diferenciado da liberdade de manifestar religião é construído socialmente" (MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. *Revista da Faculdade de Direito (UERJ)*, n. 18, 2010, p. 14. Disponível em: <http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Aconstitucionalizacaodapoliticaentreo inevitaveleoexcessivo.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2016).

[909] A religião é tão subjetiva quanto a apreciação estética, porém não se limita à contemplação, mas assume um programa de ação, impondo condutas aos seus fiéis. Ademais, sua aceitação não é voluntária no sentido de um convencimento argumentativo ou experimental; ela combina emoção (fé, revelação, êxtase) e racionalidade (teologia) em doses variadas para produzir uma convicção não só sobre como as coisas devem ser, mas também sobre como as coisas são (se Deus existe, como ocorreu a criação do universo, a existência da alma etc.). Aceitar a teoria dos princípios, a socialdemocracia ou a doutrina kantiana não é o mesmo que acreditar na reencarnação, na eucaristia ou na incorporação de um encantado na umbanda.

[910] Dentre os reflexos sociais possíveis há a exclusão de comunidades (*e.g.*, excomunhão), o abalo ou mesmo o rompimento de relações familiares, e o impacto sobre a reputação do sujeito no grupo em que se insere.

simples preferência ou gosto pessoal e fazê-lo por imposição religiosa[911]. Tampouco é indiferente que se impeça o cumprimento de um dever religioso ou de uma medida que, segundo a crença, seja dispensável ou menos relevante.

Essas considerações servem, ainda, para ressaltar a relativa autonomia das disposições constitucionais concernentes à religião. O fato de a laicidade e a liberdade religiosa se referirem a crenças não significa que o elemento "religioso" deva ser interpretado da mesma forma na aplicação das duas. Como elas se reportam a exigências diversas (e mais amplas), sua compreensão pode ser, e muitas vezes será, diferente. Assim, *e.g.*, embora todos sejam livres para concordar ou discordar de qualquer verdade religiosa, moral, política, científica etc., porque o contrário negaria sua autonomia, não se pode invocar uma posição filosófica ou política (*e.g.*, ambientalismo) para impedir a desapropriação de uma área de floresta para construção do reservatório de uma usina hidrelétrica. Ou seja: o ambientalismo pode merecer a proteção da liberdade de consciência, sem que sua adoção ou rejeição, em maior ou menor medida, pelo Estado implique uma afronta à laicidade. Lidar com todos esses problemas pelo recurso a um conceito único de religião – que inclua ou exclua, em todos os casos, convicções filosóficas ou políticas, por exemplo – é ignorar sua real diversidade e a circunstância de que remetem a normas constitucionais e questões de justiça diferentes. Não é porque a "religião" é estendida para determinar a válida invocação da objeção de consciência em outros contextos que isso deva se repetir em todas as ocasiões em que o discurso religioso aparecer.

A busca por um conceito de religião trai um apego ao positivismo constitucional e a um paradigma de racionalidade típico da Modernidade e que hoje está em crise. De um lado, supõe-se que seja necessário precisar os contornos do fenômeno religioso porque a ele se refere o texto escrito da Constituição. De outro, assume-se a possibilidade dessa empreitada pelo isolamento da religião no mundo que a cerca, como um objeto na Mecânica newtoniana. Embora a relação do intérprete com a literalidade da Carta não possa ser subestimada, ela tampouco pode se converter em uma submissão acrítica à forma quando também o sistema e a teleologia da Constituição devem ser observados. Ainda que assim não fosse, o paradigma moderno de racionalidade é incapaz de oferecer ao Direito qualquer conceito aproveitável de religião; a

[911] GRIMM, Dieter. Conflicts between general laws and religious norms, cit., p. 2375. Essa calibração foi sugerida pelo Tribunal Constitucional Federal alemão em um caso que envolvia um açougueiro muçulmano, que requereu autorização para abater animais sem prévia insensibilização. A legislação a exigia, como regra geral, mas admitia que isso não fosse feito, excepcionalmente, por razões religiosas. As instâncias ordinárias negaram ao interessado a licença, em decisão revertida pela jurisdição constitucional. Segundo o Tribunal, "mesmo que o abate, em si, não seja visto como um ato de prática religiosa, as afirmações acima devem ser devidamente consideradas, ampliando-se a proteção da liberdade de profissão do autor [...]" (1 BvR 1783/99, § 28).

separação absoluta entre o sujeito e o objeto do conhecimento por ele postulado não se presta à compreensão de um fenômeno em que a experiência pessoal é primordial e insubstituível. Ademais, a demarcação de fronteiras entre objetos distintos pressupõe a depuração do que é relevante entre os seus elementos – e essa distinção é inevitavelmente arbitrária[912].

Seja como for, a proposta feita acima não desprestigia a religião de modo algum, mas apenas sublinha que, tal como os discursos fundados nela, outros são igualmente dignos de proteção ou suscetíveis de restrição. Isso não quer dizer que as cláusulas sobre religião sejam inúteis; há um conjunto de crenças que inequivocamente se reportam à ideia de religião e que, portanto, são alcançadas pelas normas constitucionais pertinentes. O que se pretendia ressaltar é que não se pode basear a resposta do direito em um conceito definido de religião para determinar a sujeição ou não a certo regime jurídico. Isto é: a disputa sobre a qualificação de algo como uma doutrina religiosa não é determinante para garantir ou afastar a proteção constitucional ou o crivo da laicidade. Dito de outra forma, as cláusulas sobre religião são plenamente operacionais, incidindo de forma direta sobre crenças e discursos cujo caráter religioso seja incontroverso e, ainda que por analogia, a todos os outros que compartilhem as características relevantes expostas acima. Mas não afastam a aplicação de conclusões idênticas a discursos pacificamente não religiosos ou discutíveis, quando esteja em questão a independência ética das pessoas e a vedação à afirmação de verdades absolutas pelo Estado. É com isso em mente que se passa ao exame sistemático do tema, tal como disciplinado no direito brasileiro.

5.4 **A liberdade religiosa na Constituição de 1988**

O objetivo de construir uma "sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos" se destaca já no Preâmbulo da Carta de 1988 que, mais adiante, consagra a dignidade humana como princípio fundamental da República (art. 1º, III) e a promoção do bem de todos, sem preconceitos ou discriminações, como objetivo fundamental do Estado (art. 3º, IV). Diante desse pano de fundo, não chega a surpreender que a Constituição proteja a liberdade religiosa.

O caráter expansivo e multifacetário do fenômeno religioso se reflete no tratamento do tema, que inclui uma grande variedade de posições jurídicas, incluindo *direitos de defesa* (*e.g.*,

[912] Sobre o tema, v. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*, cit.

direito de não ser prejudicado por seguir uma crença) e *direitos a prestações normativas* (*e.g.*, direito ao reconhecimento das organizações religiosas) e *materiais* (*e.g.*, direito de invocar a proteção policial contra ataques a lugares de culto)[913]. De forma esquemática, a doutrina expõe o âmbito normativo da liberdade religiosa segmentado em três domínios complementares: a *crença*, o *culto* e a *organização*[914]. Em cada uma dessas esferas, esse direito assume uma postura de conexão e complementaridade com outros do catálogo constitucional, que ora reforçam, ora restringem, as posições jurídicas baseadas na liberdade religiosa.

5.4.1 A liberdade de crença

5.4.1.1 Âmbito de proteção e posições jurídicas atribuídas ao sujeito

A liberdade de crença se integra ao núcleo da autodeterminação pessoal, situando-se no *forum internum*, na medida em que envolve a capacidade de cada um identificar, por conta própria, os valores que merecem a sua adesão. Como visto, a subjetivação da religião é um dos produtos da secularização e, por causa dela, é comum associar a liberdade de crença a um direito de "escolha"[915]. Na prática, porém, é raro que a adoção de uma crença corresponda a uma opção entre alternativas igualmente pertinentes; aos olhos do sujeito, sua convicção é a aceitação de algo que se lhe apresenta como uma verdade objetiva, que independe da sua vontade. O que o direito em tela sublinha é o caráter individual da adoção de uma orientação em matéria religiosa, que não pode ser objeto de imposições ou constrições externas.

A liberdade de crença se apresenta principalmente como um *direito de defesa:* envolve uma *liberdade* – *i.e.*, a permissão de fazer (ou não fazer) algo, no caso: adotar, mudar e abandonar uma convicção religiosa – vinculada a uma *proibição*, um direito a uma ação

---

[913] Apesar de nem todas essas posições recaírem sob a rubrica específica das "liberdades" – faculdades protegidas –, o texto seguirá utilizando a expressão *liberdade religiosa*, de uso corrente.

[914] Nesse sentido, v. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 95-97; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Liberdades. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 316 e ss.; HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, cit., p. 298.

[915] Assim, *e*.g., Tribunal Constitucional espanhol declarou que "a liberdade ideológica e religiosa [...] implica a liberdade de ter ou adotar a religião ou as crenças de sua escolha [*elección*] [...] (*Auto 180/1986*).

negativa, a que a conduta do sujeito não seja objeto de embaraços por parte do Estado. A isso se associa a *competência* de questionar juridicamente a violação desse direito, compondo um direito negativo de liberdade plenamente desenvolvido em face do Poder Público. A isso se agrega, contudo, uma dimensão positiva: um *direito a prestações* normativas e materiais, ao menos para conformar um *direito de proteção*, correlativo ao dever do Estado de tutelar o exercício dessa liberdade contra terceiros, inclusive e especialmente outros particulares[916]. Trata-se, então, de uma *liberdade protegida* negativa e positivamente.

Seu âmbito de proteção alcança toda e qualquer postura em relação à religião: crer ou não crer em algo, não crer em nada, não ter uma posição sobre o tema, mudar de ideia[917], aderir a um sistema de crenças já existente, adaptá-lo, fundar um novo etc.[918]. Assim, são igualmente protegidos a afirmação de uma fé específica, o ateísmo, o agnosticismo, a apostasia, o cisma, a conversão e a heresia, ou qualquer outra tomada de posição a respeito da religião (inclusive a decisão de não opinar). A mesma tutela é garantida, ainda, qualquer que seja o teor da crença, sua antiguidade, o número de seus fiéis, ou o maior ou menor grau de institucionalização, haja ou não referência a um Ser Superior, a outro mundo, ao sobrenatural, ou a textos sagrados. O que se protege é autodeterminação pessoal – a capacidade de decidir por si próprio – e não o produto dessa decisão[919]. Abrindo o horizonte de possibilidades, é preciso reconhecer ainda – superando o padrão monoteísta das religiões do Livro –, que a crença nem sempre postula exclusividade, sendo possível e mesmo comum que as pessoas adiram sinceramente e com a mesma intensidade a várias tradições e crenças diferentes[920]. A isso se agrega o sincretismo, com a articulação e incorporação de diferentes credos em novas formas[921].

---

916 Sobre o tema, de forma geral, v. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., pp. 234-235.

917 O direito de deixar a religião é previsto por uma série de documentos internacionais. V. DUDH, art. 18: "Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença [...]"; CADH , art. 12 (1): "Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças [...]".

918 SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, cit. p. 96: "Na liberdade de crença entra a *liberdade de escolha* da religião, a *liberdade de aderir* a qualquer seita religiosa, a *liberdade* (ou o *direito*) *de mudar de religião*, mas também compreende a *liberdade de não aderir a religião alguma*, assim como a *liberdade de descrença*, a *liberdade de ser ateu* e de exprimir o agnosticismo". Na mesma linha, v. WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*, cit., pp. 113-115.

919 Nesse sentido, o Superior Tribunal Militar excluiu, das condições impostas ao *sursis* de uma parte, a obrigação de "frequentar uma casa religiosa", porque a exigência violava a liberdade religiosa da parte e o princípio da laicidade do Estado (STM, *DJ* 20 maio 2011, Apelação n.º 37-06.2008.7.05.0005/PR, Rel. Min. José Coêlho Ferreira).

920 Isso ocorre com particular destaque na Ásia. V. SHARMA, Arvind. *Problematizing religious freedom*, cit., pp. 197-215.

921 WILLAIME, Jean-Paul. *Sociologia das religiões*, cit., p. 126 e ss.

Esse quadro forma uma *reserva individual de convicção*, não se submetendo a crença ou seus fundamentos a qualquer validação externa, *e.g.*, quanto a sua veracidade, coerência ou pertinência[922]. Tudo isso é pacífico no plano internacional[923] e no direito comparado. A Corte Europeia considera que a liberdade religiosa, em princípio, "exclui a avaliação, pelo Estado, quanto à legitimidade de crenças religiosas"[924]. Na mesma linha, a Suprema Corte dos EUA já decidiu que, para ter proteção constitucional, "crenças religiosas não precisam ser aceitáveis, lógicas, consistes ou compreensíveis por terceiros"[925]. Raciocínio semelhante foi reiterado pelo Tribunal Constitucional Federal alemão[926].

Não se admite que o Estado paute a convicção individual para impor doutrinas oficiais e proscrever dissidências. Embora a lavagem cerebral pareça algo pouco realista, o tema já foi examinado em alguns casos envolvendo a "desprogramação" – a submissão de pessoas, contra a sua vontade, a sessões intensas de pressão psicológica, emocional e até física com o objetivo de fazê-las renunciar a suas convicções[927]. Nos EUA, o sequestro de um jovem maior de idade, a pedido de sua mãe, para "desprogramá-lo" à força, foi objeto de uma ação judicial que resultou na condenação milionária dos envolvidos[928]. Além disso, em ação indenizatória movida contra uma organização religiosa por ex-integrantes, a Suprema Corte da Califórnia afirmou ser

---

[922] Segundo a Corte canadense, "o Estado não está em posição para ser, nem deve ser tornar, o árbitro de dogmas religiosos. Nessa linha, os tribunais devem evitar interpretar judicialmente e, assim, determinar, explícita ou implicitamente, o conteúdo da compreensão individual de uma exigência, 'obrigação', preceito, 'mandamento', costume ou ritual religioso. A decisão secular judicial de disputas teológicas ou religiosas, ou de matérias controvertidas de doutrinas religiosas, mistura injustificadamente o tribunal com questões de religião" (*Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 S.C.R. 551, §§ 50-51).

[923] UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *General comment no. 22*, cit., § 2.

[924] *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, no. 45701/99, § 117, 13 December 2011. No mesmo sentido: *Svyato-Mykhaylivska Parafiya v. Ukraine*, no. 77703/01, § 113, 14 June 2007; *Eweida and Others v. the United Kingdom*, nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, § 81, 15 January 2013; *S.A.A. v. France* [GC], no. 43835/11, § 55, 1 July 2014; *Bayatyan v. Armenia* [GC], no. 23459/03, § 120, 7 July 2011; *İzzettin Doğan and Others v. Turkey* [GC], no. 62649/10, § 68, 26 April 2016.

[925] *Thomas v. Review Bd. of Indiana Employment Security Div.*, 450 U.S. 707, at 714 (1981).

[926] BVerfGE 33, 23 (Eidesverweigerung aus Glaubensgründen). In: SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, cit., p. 362: "Do mandamento endereçado ao Estado de neutralidade ideológica e religiosa [...] e do princípio da paridade das igrejas e confissões religiosas [...] depreende-se que a representatividade ou a relevância social de uma determinada atitude religiosa não faz diferença. Como expressão específica da dignidade humana garantida pelo Art. 1 I GG, o Art. 4 I GG protege justamente também a convicção religiosa mais rara, que se distancie dos ensinamentos das igrejas e das comunidades religiosas. Ao Estado é defeso privilegiar determinadas confissões religiosas [...] ou avaliar a crença ou não-crença de seus cidadãos".

[927] LeMOULT, John E. Deprogramming members of religious sects. *Fordham Law Review*, v. 46, p. 599-640, 1978, pp. 599.

[928] *Scott v. Ross*, 140 F.3d 1275 (9th Cir. 1998). Outros dois filhos, menores de idade, também foram submetidos à "desprogramação", mas sua situação não foi objeto do processo. Apontou-se, contudo, em *obiter dictum*, que seu caso era mais simples juridicamente porque estavam sob a guarda de sua mãe.

possível discutir se a ocultação do verdadeiro propósito da doutrinação religiosa como forma de induzir pessoas a aderir à igreja poderia ser considerada uma conduta fraudulenta[929]. Essa situação foi considerada diversa daquela, examinada no mesmo Estado, em que se afastou a interdição de cinco adultos, que haviam entrado em uma igreja, com o objetivo de submetê-los à "desprogramação" – quando se entendeu que, na ausência de prova de grave incapacidade dos envolvidos, seria ilícito sujeitá-los, contra a sua vontade, a um "tratamento" que os impediria de seguir acreditando no que consideram apropriado[930].

A questão, aqui, parece bem simples: ninguém tem o direito de substituir alguém na decisão sobre a convicção religiosa que deve acolher, ou de forçá-lo a fazê-lo, qualquer que seja o juízo que se faça a respeito dos meios empregados para persuadi-lo inicialmente[931]. A própria pessoa pode suscitar essas questões – como a fraude – caso entenda ser o caso e, por óbvio, incapazes merecem tratamento diferenciado. O que não se admite é que o Estado, de ofício ou a requerimento de terceiros, invista na conversão ou na apostasia forçada de uma pessoa capaz, ou mesmo tolere que outros o façam.

A "desprogramação" ajuda a demonstrar o equívoco de quem sustenta a liberdade de crença na impossibilidade fática de que o Estado paute a consciência das pessoas (*lex non cogit ad impossibilia*)[932]. Em suas célebres *Cartas sobre a tolerância*, Locke seguiu essa linha: para

---

[929] *Molko v. Holy Spirit Ass'n.* (1988) 46 Cal.3d 1092, 762 P.2d 46; 252 Cal.Rptr. 122. Disponível em: <http://scocal.stanford.edu/opinion/molko-v-holy-spirit-Ass'n-30806>. Acesso em: 29 ago. 2016. Os autores alegavam que haviam sido enganados a respeito da natureza da igreja e que não teriam se engajado nas suas atividades e integrado seus quadros se isso não houvesse ocorrido. A Corte entendeu que não estava em questão a validade dos ensinamentos da igreja, mas a forma com que recrutava as pessoas. No entanto, havendo uma restrição pontual à liberdade religiosa da organização (que, *e.g.*, não poderia adotar certos métodos de recrutamento), considerou-se necessário examinar se haveria um interesse governamental legítimo que justificasse a medida. Segundo a Corte, a resposta seria afirmativa: proteger as pessoas de se submeterem, sem informação adequada, a um processo de persuasão coercitiva.

[930] CALIFORNIA. Court of Appeals. *Katz v. Superior Court*, 73 Cal. App. 3d 952. Disponível em: <http://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/3d/73/952.html>. Acesso em: 29 ago. 2016.

[931] Foi o que observou a *U.S. Court of Appeal for the 2nd Circuit* em *Colombrito v. Kelly*, 764 F.2d 122 (2d Cir. 1985), § 31: "Quer sua avaliação sobre as crenças da Igreja seja sincera e compartilhada com outras, quer não, isso não dá [a seus pais] o direito de procurar e se associar a Kelly para privar, contra a sua vontade, seu filho adulto, de 27 anos de idade (que não se demonstrou ser mentalmente incapacitado de qualquer forma), do direito de se movimentar livremente, de adotar seu próprio estilo de vida, e de praticar a religião que escolheu, por mais detestável que ela lhes pareça. O direito dele de o fazer é o próprio núcleo da Primeira e da Décima-Quarta Emendas [à Constituição dos EUA]. [...] Ainda que se admitisse *arguendo* que os métodos supostamente de 'lavagem cerebral' usados pela Igreja para converter Colombrito foram ilícitos [...], isso não justificaria ou autorizaria, como defesa, o uso de medidas ilícitas para 'contraconvertê-lo' por meio de sequestro, constrangimento ilegal, agressão física, e modificação coercitiva de comportamento" (Disponível em: <https://law.resource.org/pub/us/case/reporter/F2/764/764.F2d.122.84-7672.619.html>. Acesso em: 29 ago. 2016).

[932] Assim se decidiu na Lituânia, segundo DOE, Norman. *Law and religion in Europe*, cit., p. 45.

ele, a intolerância seria *irracional*[933], porque não seria viável conduzir alguém à força ao caminho da salvação. Nas suas palavras, "[a] religião verdadeira e salvadora consiste na persuasão interna da mente, sem a qual nada pode ser aceitável para Deus. E tal é a natureza da compreensão que ela não pode ser forçada a crer em qualquer coisa por obra de uma força exterior"[934]. Assim, qualquer esforço de perseguição seria inadequado, já que incapaz de atingir seus objetivos. Apenas por persuasão e ensinamento poderia alguém ser convertido honestamente[935]. Daí ele extraiu uma separação entre os âmbitos de atuação da Igreja e do Estado, confiando à primeira o culto público a Deus e a salvação das almas, valendo-se apenas de exortações e, no máximo, da exclusão dos desviantes[936]; e, ao segundo, tutelar os interesses civis das pessoas – liberdade, saúde, preservação do corpo e propriedade[937] – "pela execução imparcial de leis iguais"[938].

Além de infirmada pela possibilidade da "lavagem cerebral", essa justificação não é aceitável, ainda, por outra razão, ainda mais importante: trata-se de uma compreensão cristã e tipicamente protestante da liberdade, que a vincula à ideia de salvação pela fé e pressupõe uma relação pessoal do crente com Deus. Outras religiões podem dar – e, de fato, dão – um papel de muito maior relevo, por vezes essencial, à prática e ao papel das autoridades religiosas, o que resultaria em uma proteção deficiente (e enviesada em favor de segmentos protestantes) para as liberdades de culto e de organização, a serem examinadas adiante[939].

Ademais, essa compreensão do *forum internum* como insuscetível de agressão acaba desatrelando a liberdade religiosa da laicidade do Estado – admite-se, em princípio, a adoção de verdades oficiais porque, de todo modo, a consciência individual é que seria o árbitro definitivo da sua adesão. No entanto, para tratar a todos com igual respeito e consideração neste particular, as pessoas devem poder exercer sua liberdade cientes de que isso não diminuirá o

---

933 Nessa linha, v. WARBURTON, Nigel. *Freedom:* an introduction. London: Routledge, 2001, pp. 29-32.

934 LOCKE, John. A letter concerning toleration. In: *The works of John Locke in nine volumes*. 12th ed. v. 5: Four letters concerning toleration. London: Rivington, 1824. Consultou-se a versão transcrita por *The Online Library of Liberty*. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/title/764>. Acesso em: 27 maio 2012, p. 5.

935 *Ibid.*, pp. 5 e 6.

936 *Ibid.*, p. 8.

937 *Ibid.*, pp. 5 e 6. Mais adiante (p. 21), aponta o autor: "o propósito das leis não é garantir a verdade das opiniões, mas a segurança e a paz [*safety and security*] da sociedade política [*commonwealth*] e da pessoa e dos bens de qualquer pessoa particular".

938 *Ibid.*, p. 5.

939 Comentando a exportação dessa noção, que é tipicamente cristã, como uma noção genérica e atemporal de religião, v. PETTY, Aaron R. The concept of "religion" in the Supreme Court of Israel, cit., pp. 254-255.

seu valor como cidadãs e seres humanos[940] – o que, por sua vez, demanda que seu exercício ocorra em um espaço livre de coerção ou diferenciação. Em suma: não é o caráter supostamente inexpugnável da consciência individual que embasa a liberdade religiosa, mas a autodeterminação pessoal – ainda que se possa interferir nas mentes dos cidadãos, é vedado fazê-lo.

Uma situação mais difícil diz respeito à dimensão positiva da liberdade de crença[941]. Não se discute que o Estado deva fornecer o aparato organizacional e procedimental que viabilize a todos o livre exercício das suas crenças, em particular para garantir que não sejam molestados por terceiros (*deveres de proteção*), disciplinar o exercício harmônico desse direito com outros e permitir que se valham de instrumentos jurídicos para assegurar a observância do seu direito contra eventuais investidas de agentes estatais[942]. Problemática, aqui, é a ideia de que, para manter uma cultura de pluralismo, caberia ao Poder Público garantir a "oferta" de diversas doutrinas, a fim de evitar a hegemonia de alguma delas, permitir o intercâmbio de ideias e assegurar que todos sejam expostos ao maior número possível de ideologias. A questão é: pode o Estado intervir no "livre mercado de ideias" para dar maior peso a discursos religiosos minoritários? Alguns autores ofereceram uma resposta afirmativa a essa pergunta[943], mas essa postura parece chocar-se com a laicidade do Estado, exigindo um cuidado maior. O tema será examinado mais adiante.

5.4.1.2 Possibilidade de restrições?

---

[940] Nas palavras da Juíza O'Connor da Suprema Corte dos EUA, "a essência de uma pretensão fundada na liberdade de exercício [da religião] é a tutela contra um ônus imposto pelo governo sobre práticas ou crenças religiosas, seja ele aplicado diretamente por meio de leis que proíbam ou imponham práticas religiosas específicas, ou indiretamente por meio de leis que, na prática, fazem do abandono da religião de alguém ou da conformidade com as crenças religiosas de outros o preço de um lugar igual na comunidade civil" (*Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872, at 897 (O'Connor J, diss.) (1990)).

[941] Sobre as "dimensões" dos direitos fundamentais, assim compreendidas as diferentes posições jurídicas atribuídas por eles a seus titulares, v. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit. p. 193 e ss.; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 165 e ss.

[942] Outras expressões de uma dimensão positiva da liberdade religiosa, explicitamente previstas na Constituição, são o reconhecimento civil do casamento religioso e a assistência religiosa nas instituições de internação coletiva, por exemplo. V. CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., p. 610.

[943] Como observa Will Kymlicka, o comunitarismo – ou, ao menos, algumas de suas versões – exige que o Estado promova o pluralismo, a fim de garantir que as pessoas realmente disponham de boas e variadas alternativas para que possam exercer sua autodeterminação (KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*, cit., p. 279 e ss.).

O *forum internum* é identificado, muitas vezes, como um espaço totalmente excluído da constrição externa – não, claro, da influência de terceiros, mas da imposição por outros. É muito comum a afirmação de que "a liberdade de adotar crenças é mais ampla que a liberdade de agir com base nela"[944] ou mesmo de que a primeira seria absoluta, enquanto a segunda admitiria restrições[945]. Embora não se concebam direitos absolutos, insuscetíveis de qualquer limitação, é evidente que as convicções mantidas no *forum internum* dificilmente justificariam ou permitiriam algum tipo de restrição. Como se verá, o princípio da laicidade confirma essa ideia, ao vedar que o Estado assuma qualquer discurso religioso como oficial.

Mas a proibição da doutrinação estatal encontra, pelo menos, um limite relevante. Embora não se costume admitir, o compromisso do Estado democrático de Direito com certos valores substantivos implica o favorecimento de algumas crenças (as razoáveis) e a rejeição ou, ao menos, o desestímulo estatal de outras (as irrazoáveis). A limitação é a menor possível, mas não há como afirmar que a liberdade de crença fica incólume se é submetida a um filtro. A restrição é legítima – porque exigida pelos valores básicos da ordem constitucional –, mas existe.

5.4.1.3 Vedação à discriminação religiosa

Para além da doutrinação, o Estado também não pode induzir alguém a adotar ou deixar uma religião, ameaçando com restrições a direitos ou recusa de benefícios quem não observe uma convicção. A liberdade de crença, neste particular, se associa ao princípio da isonomia para afirmar a *vedação à discriminação religiosa*. Esse ponto, que é onipresente nos diplomas internacionais de direitos humanos, foi acolhido de forma ainda mais abrangente na ordem constitucional brasileira: em vez de proibir discriminações relativas à fruição de certos direitos (como costumam fazer os tratados), veda-se toda discriminação irrazoável fundada na crença.

O tema é objeto do art. 5º, VIII, da Constituição, nos termos do qual ninguém pode ser

---

[944] A frase é da Suprema Corte do Canadá (*Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31).

[945] Para a Suprema Corte dos EUA, a liberdade de crer "é absoluta, mas, pela natureza das coisas, a [liberdade de exercer a religião] não pode ser" (*Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 at 303-304 (1940)).

prejudicado por adotar uma religião (ou outra espécie de convicção), "salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei". A parte final do dispositivo será examinada mais adiante. Por ora interessa a primeira: o Estado não pode prestigiar ou prejudicar quem aderir ou deixar de aderir a certas doutrinas[946], ou incentivar alguma dessas posturas acenando, *e.g.*, com eventuais restrições a direitos[947-948]. São igualmente relevantes as hipóteses de *discriminação indireta*, em que uma medida, aparentemente neutra, que não se dirige especificamente contra nenhuma religião, afeta os seus seguidores de maneira desproporcional[949].

Nessa matéria, a jurisprudência internacional está alinhada com a orientação, pacífica no Brasil, no sentido de que nem toda diferenciação jurídica é vedada; são proibidas apenas as *discriminações irrazoáveis*, assim compreendidas, em síntese, aquelas que não se dirijam à

[946] A Corte Constitucional colombiana considerou que a exigência de um juramento, para que um pai pudesse denunciar o desaparecimento de sua filha à Polícia, violou sua liberdade religiosa, já que sua crença o proibia de fazê-lo. Mais do que isso, afrontou também o direito de acesso à justiça, impedindo que obtivesse uma resposta do Estado a sua queixa. V. *Sentencia T-547 de 1993*. Na mesma linha, a Corte Europeia considerou ilícita a postura do Grande Conselho Geral (Legislativo) e dos Capitães-Regentes (Chefes de Estado) da República de San Marino, que obrigaram parlamentares samarineses, sob pena de perda dos mandatos, a prestarem um juramento fazendo referência, contra sua orientação pessoal, aos "Sagrados Evangelhos" (*Buscarini and Others v. San Marino* [GC], nº 24645/94, 18 February 1999).

[947] PIDCP, art. 18 (2): "Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha"; CADH , art. 12 (2): "Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças".

[948] Essa questão foi suscitada na recente polêmica relativa à proibição do "burquini" – roupa de banho usada por mulheres muçulmanas – nas praias de algumas cidades francesas. A matéria chegou ao conhecimento do Conselho de Estado, que suspendeu a decisão inferior, favorável à vedação. Segundo o Conselho, "a decisão recorrida promoveu [...] uma violação grave e manifestamente ilegal às liberdades fundamentais que são a liberdade de ir e vir, a liberdade de consciência e a liberdade pessoal" (C.E., 26 août 2016, *Ligue des droits de l'homme et autres*).

[949] Na definição da Corte Europeia, "uma política geral ou uma medida que produz efeitos desproporcionalmente prejudiciais em um grupo específico pode ser considerada discriminatória mesmo quando não é especificamente dirigida contra aquele grupo e não há o objetivo de discriminar" (*S.A.S v. France* [GC], no. 43835/11, § 161, 1 July 2014). V., ainda, *D.H. and Others v. The Czech Republic* [GC], no. 57325/00, §§ 175 and 185-195, 13 November 2007. Sobre o tema, v., ainda, SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação "de facto", teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional:* direitos fundamentais. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Jvs Podivm, 2007, p. 197.

promoção de fins legítimos ou que sejam desproporcionais à sua realização[950-951]. Nessa linha, a Suprema Corte dos EUA declarou lícita a cassação da isenção de tributos federais, até então gozada por certas instituições de ensino superior, diante da política de discriminação racial que elas adotavam com base em interpretações da Bíblia[952]. Ademais, é possível que a correção de desigualdades de fato justifique ou mesmo exija o tratamento distinto de algumas pessoas[953].

---

[950] Como aponta a doutrina brasileira, apenas uma leitura apressada da Constituição faria supor uma absoluta intolerância a distinções. Duas razões contrariam essa ideia: *primeiro*, desequiparar é característica funcional da lei (já que legislar envolve necessariamente a discriminação de situações a fim de dar-lhes tratamentos distintos) (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. 13. tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 11; SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. O princípio da isonomia e as classificações legislativas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 16, n. 64, p. 89-108, out./dez. 1979, p. 91); *segundo*, há casos em que a desequiparação é obrigatória, como ocorre com a proteção das minorias.

Desse modo, a única interpretação aceitável é aquela que veda apenas determinadas distinções por afrontarem, de alguma forma, a ordem constitucional. Mas, quais seriam essas hipóteses? A doutrina aponta alguns critérios (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Op. cit.*, pp. 21-43; BARROSO, Luís Roberto. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: *Temas de Direito Constitucional*. t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2000): (i) o traço diferencial adotado deve ser encontrado na própria pessoa, coisa ou situação, e não pode ser tão específico que permita uma concentração no presente e definitiva de um único indivíduo a se sujeitar ao regime; (ii) deve haver uma correlação lógica entre o critério de discrímen adotado e o tratamento legal diferenciado; (iii) este deve ser adequado à finalidade que busca promover, além de necessário e proporcional em sentido estrito; (iv) o fim da distinção deve corresponder a algum valor consagrado pela Carta Federal.

A exigência de razoabilidade da desequiparação tem sido acolhida pela jurisprudência – v., *e.g.*, STF, *DJ* 28 abr. 2011, AI 720.259 AgR/MA, Rel. Min. Ayres Britto: "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. QUADRO DE OFICIAIS DE SAÚDE DA POLÍCIA MILITAR. LIMITAÇÃO ETÁRIA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 683/STF. 1. Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o limite de idade como critério para ingresso no serviço público apenas se legitima quando estritamente relacionado à natureza e às atribuições inerentes ao cargo público a ser provido. 2. No caso, as atribuições a ser desempenhadas não são propriamente aquelas típicas do serviço militar. Cuida-se de vaga relacionada à área de saúde (cargo de médico, em diversas especialidades), reclamando formação específica para o seu desempenho. Pelo que, a meu sentir, não se revela razoável ou proporcional a discriminação etária (28 anos). 3. Agravo regimental a que se nega provimento".

[951] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, § 57: "Daí não se poder afirmar que exista discriminação [vedada] em toda diferença de tratamento do Estado em relação ao indivíduo, sempre que essa distinção parta de caracteres de fato substancialmente diferentes e que expressem de modo proporcional uma fundamentada conexão entre essas diferenças e os objetivos da norma, os quais não podem apartar-se da justiça ou da razão, vale dizer, não podem perseguir fins arbitrários, caprichosos, despóticos ou que de alguma maneira repugnem à essencial unidade e dignidade da natureza humana". Na jurisprudência da Corte Europeia, v., *e.g.*, *Pilav v. Bosnia and Herzegovina*, no. 41939/07, § 39, 9 June 2016. Na mesma linha, a Comissão Europeia entendeu que seria razoável a isenção tributária concedida à Igreja Católica, mas não à requerente (Igreja Batista) porque a primeira teria firmado um acordo com o Estado, pelo qual também assumira deveres (*e.g.*, manter seu patrimônio histórico, artístico e documental à disposição do povo espanhol). V. COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Iglesia Bautista "El Salvador" and José Aquilino Ortega Moratilla v. Spain*, no. 17522/90, § 2, 11 January 1992.

[952] *Bob Jones University v.* , 461 U.S. 574 (1983). Para a Corte, era imperativo (*compelling*) o interesse estatal em erradicar a discriminação racial, além de ser inviável acomodar a prática religiosa no contexto da política adotada, e não haver meio menos restritivo de atingir esse fim. Sem mencionar que se cuidava simplesmente da negativa de "benefícios tributários", o que "inevitavelmente gera um impacto substancial sobre a operação de instituições privadas de ensino, mas não as impede de observar seus ditames religiosos" (at 603-4).

[953] CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *D.H. and Others v. The Czech Republic* [GC], no. 57325/00, §§ 175, 13 November 2007. Sobre o tema, no sistema interamericano, v. GONZÁLEZ LE SAUX, Marianne; PARRA VERA, Óscar. Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: a propósito del Caso Apitz. *Revista IIDH*, v. 47, pp. 127-164, 2008. No Brasil, v., *e.g.*, STF, *DJ* 1º ago. 2014, RMS 32.732 AgR/DF, Rel. Min. Celso de Mello: "O tratamento diferenciado em favor de pessoas portadoras de

Para além disso, a Constituição também *exige* a punição de "qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" (art. 5º, XLI). Nessa linha, a Lei nº 7.716/1989, na redação dada pela Lei nº 9.459/1997, torna crimes diversas manifestações de discriminação (inclusive religiosa), como a negativa de emprego, de acesso a estabelecimento comercial, de ingresso de alunos em escolas ou mesmo o casamento e a convivência familiar e social[954]. No Estado do Rio de Janeiro, a discriminação por motivo de religião também é penalizada administrativamente[955].

O tema também é abundante na jurisprudência internacional e estrangeira. O Comitê de Direitos Humanos da ONU decidiu que, embora o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos não exija a destinação de recursos públicos para escolas confessionais, uma vez que optasse por essa política, o Estado não poderia agir de forma discriminatória, prestigiando só uma confissão[956]. Também considerou ilícita a cassação da personalidade jurídica de uma entidade religiosa na ausência de critérios objetivos e razoáveis que distinguissem a sua situação das de outras entidades, com objeto social semelhante, que haviam adquirido a condição de pessoas jurídicas[957]. A Corte Europeia de Direitos Humanos já destacou a afronta à liberdade religiosa de posturas como a negação da guarda de uma criança à mãe, apenas em razão de sua crença[958], a imposição de restrições mais elevadas para o casamento realizado fora de

---

deficiência, tratando-se, especificamente, de acesso ao serviço público, tem suporte legitimador no próprio texto constitucional (CF, art. 37, VIII), cuja razão de ser, nesse tema, objetiva compensar, mediante ações de conteúdo afirmativo, os desníveis e as dificuldades que afetam os indivíduos que compõem esse grupo vulnerável. Doutrina. - A vigente Constituição da República, ao proclamar e assegurar a reserva de vagas em concursos públicos para os portadores de deficiência, consagrou cláusula de proteção viabilizadora de ações afirmativas em favor de tais pessoas, o que veio a ser concretizado com a edição de atos legislativos, como as Leis nº 7.853/89 e nº 8.112/90 (art. 5º, § 2º), e com a celebração da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007), já formalmente incorporada, com força, hierarquia e eficácia constitucionais (CF, art. 5º, § 3º), ao plano do ordenamento positivo interno do Estado brasileiro".

954 Em sua redação original, a lei de 1989 definia "os crimes resultantes de raça ou de cor". Seu objeto foi ampliado em 1997 para permitir a punição "crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional" (art. 1º).

955 Lei Estadual/RJ nº 6.483/2013, art. 2º: "Será punido, nos termos desta lei, todo ato discriminatório por motivo de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional praticado no Estado do Rio de Janeiro, por qualquer pessoa, jurídica ou física, inclusive a que exerça função pública".

956 Communication No. 694/1996, *Arieh Hollis Waldman v. Canada*, Views adopted on 3 November 1999. De todo modo, o Comitê não conheceu de comunicação em que se pedia o fim do financiamento público de escolas católicas em Ontário. Na avaliação do Comitê, não se demonstrou como a destinação de recursos públicos a essas escolas prejudicaria os pais de crianças não-católicas. Dessa forma, eles não se qualificariam como "vítimas" de discriminação (Communication No. 816/1998, *Grant Tadman* et al. *v. Canada*, Views adopted on 29 October 1999).

957 Communication No. 1249/2004, *Sister Immaculate Joseph* et al. *v. Sri Lanka*, Views adopted on 21 October 2005.

958 *Hoffmann v. Austria*, no. 12875/87, §§ 33-36, 23 June 1993. Nesse caso, o que pesou contra a decisão da Áustria foi o fato de se ter fundado apenas na religião da mãe (testemunha de Jeová). Tanto assim que, em outro feito, considerou-se não ter havido discriminação indevida porque a perda da guarda, pela mãe, não decorreu

determinada religião[959], e a proibição de contato entre um pai e seu filho somente porque aquele insistia em convertê-lo[960]. Já a Corte Constitucional da Colômbia, diante de uma disposição legal que autorizava o adiamento do serviço militar para os alunos dos centros de preparação para o sacerdócio ou a vida religiosa, determinou que, em vez de se limitar a uma ou outra crença, essa disposição só seria válida se se estendesse para todas as igrejas e confissões reconhecidas pelo Estado[961]. Na África do Sul, o Tribunal Constitucional afastou as restrições que incidiam sobre as viúvas muçulmanas em matéria de sucessões[962]. A Corte Constitucional turca, por sua vez, afirmou que uma advogada sofreu discriminação ilícita ao ser impedida de participar de uma audiência usando o véu islâmico[963]. No Brasil, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região confirmou e majorou condenação pecuniária, imposta à União, em favor de um judeu que teve de retirar seu quipá para entrar em fórum da Justiça Federal[964].

Nessa matéria, parece haver pouco espaço para controvérsias teóricas – é no plano dos fatos que se apresentam os problemas, relacionados principalmente à identificação de uma discriminação e à aceitabilidade das eventuais alternativas que pudessem ser adotadas. Um

---

simplesmente do fato de ela seguir uma religião, mas de ela ter submetido seus filhos a práticas religiosas que teriam se provado danosas às crianças (*Ismailova v. Russia*, no. 37614/02, §§ 60-63, 29 November 2007). Em *Palau-Martinez v. France* (no. 64927/01, §§ 41-43, 16 December 2003), a Corte também entendeu que a simples afirmação de generalidades acerca da religião da mãe, sem demonstração dos efeitos negativos – se houvesse algum – que ela poderia ter sobre a criação de seus filhos, foi insuficiente para justificar a medida.

959 *O'Donoghue and Others v. the United Kingdom*, no. 34848/07, §§101-103, 14 December 2010.

960 *Vojnity v. Hungary*, no. 29617/07, §§ 38-43, 12 February 2013.

961 *Sentencia C-478 de 1999.* Na Argentina, em acórdão mais antigo e sucinto, a Corte Suprema decidiu no mesmo sentido, vencido o Ministro Guillermo A. Borda, que se baseava, entre outros fundamentos, na "preeminência" do catolicismo prevista na Constituição do país (Caso *Benjamin Abel Glaser*, Sentencia de 23 de septiembre de 1966. *Fallos* 256:345).

962 Mesmo quando eram monogâmicos os casamentos segundo o rito islâmico, as viúvas não eram reconhecidas como cônjuges supérstites porque a poligamia – reprovada pelos "bons costumes" – era possível, em tese, no Islã. Há decisões nesse sentido até 1983. A virada veio em 1997, na Cape High Court, em uma linha enfaticamente confirmada pelo Tribunal Constitucional (AMIEN, Waheeda; LEAT, Annie, Dhammameghā. Legislating religious freedom: an example of muslim marriages in South Africa, *Maryland Journal of International Law*, v. 9, n. 1, pp. 505-547, 2014, p. 536). Em uma primeira decisão (*Daniels v Campbell and Others* (CCT 40/ 03) [2004] ZACC 14; 2004 (5) SA 331 (CC); 2004 (7) BCLR 735 (CC) (11 March 2004)), o Tribunal determinou que os termos *spouse* (cônjuge) e *survivor* (sobrevivente) fossem interpretados de forma a incluir os cônjuges supérstites de casamentos islâmicos monogâmicos. Na segunda (*Hassam v Jacobs NO and Others* (CCT83/08) [2009] ZACC 19; 2009 (11) BCLR 1148 (CC) ; 2009 (5) SA 572 (CC) (15 July 2009)), o mesmo entendimento foi estendido para os sobreviventes de uniões poligâmicas, levando em conta que, fosse ou não esse tipo de casamento compatível com a Constituição, não se poderia negar proteção às mulheres que nele se encontravam, notadamente quando, em geral, não tinham poder sobre a decisão do marido de se casar novamente, e as mulheres em outras uniões poligínicas não sofriam as mesmas restrições que as muçulmanas.

963 General Assembly, Application No. 2014/256, 25 June 2014, Applicant Tuğba Arslan, Rapporteur Yunus Heper, § 89. Disponível em: <http://www.constitutionalcourt.gov.tr/inlinepages/leadingjudgements/IndividualApplication/judgment/2014-256.pdf>. Acesso em: 4 set. 2016.

964 TRF – 1ª Região, *DJ* 18 fev. 2016, Apelação Cível 2006.34.00.028850-3/DF, Rel. Juiz Fed. Conv. Leão Aparecido Alves.

exemplo ajuda a ilustrar o ponto. É comum que a lei fixe um dia de repouso semanal remunerado para os trabalhadores, e este, em muitos países, é o domingo – coincindo com o dia de guarda da maior parte dos cristãos. Mas isso pode ser visto como um problema por quem, seguindo outra crença, deva observar outro dia de guarda – nessa hipótese, por não serem de certas convicções cristãs, esses empresários seriam prejudicados diante dos demais, na medida em que precisariam fechar seus estabelecimentos não um, mas dois dias.

Isso já foi examinado pelas Supremas Cortes dos EUA e do Canadá. Em ambos os casos, cuidava-se de leis que haviam optado pelo domingo e grupos religiosos que adotavam o sábado como dia de guarda. Nos EUA, rejeitou-se a pretensão dos interessados, em favor da aplicação da lei geral[965]. Escrevendo pela maioria, o *Chief Justice* Warren reconheceu que a norma tornava mais custosa a prática de determinadas religiões. No entanto, afirmou que ela só seria inválida se houvesse alternativas igualmente aptas a promover os fins pretendidos e que não gerassem custos adicionais sobre o grupo minoritário. Na avaliação da Corte, talvez fosse *melhor* que a lei tivesse previsto uma exceção para quem observasse o sábado como dia de guarda, mas isso também suscitaria problemas[966]. Não se poderia afirmar com convicção, portanto, que a lei – que não previa exceção para os sabatistas – seria inconstitucional.

A Suprema Corte do Canadá, em acórdão lavrado pelo *Chief Justice* Dickson, concluiu no sentido oposto, mas, diante da diferença no tratamento legal da matéria em relação ao diploma dos EUA, afirmou a validade da lei examinada[967]. Depois de analisar as razões expostas pela Corte estadunidense, o Tribunal do Canadá afirmou que não compartilhava da ideia de que "nenhum esforço legislativo precise ser feito para acomodar os interesses de comerciantes que observem o sábado [como dia de guarda]". Apontou, em particular, que seria dificilmente justificável que uma "loja pequena e familiar, que operasse sem qualquer empregado, permanecesse fechada aos domingos quando os ditames da religião do comerciante exigissem o fechamento aos sábados". Ao editar normas sobre o repouso obrigatório nos domingos, é preciso que legislador "tente muito seriamente aliviar os efeitos delas sobre quem observa o sábado". No caso, porém, como a legislação previa uma exceção nesse sentido, a Corte a declarou constitucional.

---

[965] *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961).

[966] Segundo o acórdão, eles seriam: (i) os únicos estabelecimentos a abrirem aos domingos, o que poderia gerar vantagem comercial e, por sua vez, (ii) estimularia fraudes (alguns poderiam escolher fechar no dia menos rentável fingindo ter razões religiosas). Isso sugeriria (iii) a necessidade de verificar a sinceridade das crenças, o que é sempre bem delicado. Por fim, (iv) as empresas provavelmente teriam de contratar empregados que seguissem a mesma crença – e isso poderia colidir com a política de vedação à discriminação no acesso ao emprego.

[967] *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 SCR 713.

O problema não é simples. Se a lei não fixasse dias de repouso, o fechamento dos estabelecimentos por sabatistas não seria imputável ao Estado ou a ninguém mais, senão a eles mesmos e suas convicções religiosas. Não haveria qualquer vício de concorrência ou, muito menos, dever de reparação por parte do Poder Público. Mas como a lei define um dia de repouso e este coincide com o dia de guarda de outra religião, o que se tem é uma diferença de tratamento: uns são beneficiados enquanto outros são prejudicados. A extensão dessa diferença pode variar bastante, a depender do tipo de negócio, da conjuntura econômica e do perfil da clientela (afinal, o domingo pode ser um dia mais ou menos rentável). De todo modo, como ressaltou a Suprema Corte do Canadá, isso não autoriza o Estado a ignorar o problema: alguma forma de acomodação razoável deve ser implementada (*e.g.*, permitindo a abertura de pequenos estabelecimentos ou revezamentos adequados).

5.4.1.4 Liberdade religiosa e privacidade

A crença integra uma esfera de intimidade pessoal, à qual ninguém deve ter acesso, senão com o consentimento do interessado. O ponto se torna especialmente sensível quando se considera que a adesão a certas orientações traz consigo o peso de estigmas sociais e pode fazer voltarem-se contra a pessoa preconceitos ainda enraizados. Por isso mesmo, há países que preveem explicitamente um *direito a não revelar as próprias crenças*[968] que, embora não tenha sido incluído na letra expressa da Carta de 1988, enquadra-se no seu sistema[969]. Ainda que assim não fosse, segundo o Comitê de Direitos Humanos da ONU isso já se extrai do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que foi internalizado no Brasil[970]. Nessa linha, o Superior Tribunal Militar chegou a qualificar como *constrangimento ilegal* a situação em que

[968] PORTUGAL. Constituição (1976), art. 41 (3): "Ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder"; ESPANHA. Constituição (1978), art. 16 (2): "Ninguém poderá ser obrigado a declarar sua ideologia, religião ou crenças"; ALEMANHA. Constituição (1919), art. 136 (3): "Ninguém é obrigado a manifestar o seu credo religioso. As autoridades só terão o direito de averiguar a filiação numa comunidade religiosa, quando dela dependerem direitos e obrigações, ou quando o exija um levantamento estatístico estatuído por lei". Esse dispositivo da Carta de Weimar foi mantido em vigor por força do art. 140 da Lei Fundamental de Bonn (1949), que dispõe: "As disposições dos artigos 136, 137, 138, 139 e 141 da Constituição Alemã de 11 de agosto de 1919 são partes integrantes desta Lei Fundamental".

[969] WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*, cit., pp. 116-117, e 128-131.

[970] UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *General comment no. 22*, cit., § 3: "De acordo com os artigos 18.2 [v. p. 189] e 17 [direito à intimidade], ninguém pode ser obrigado a revelar seus pensamentos ou sua adesão a uma religião ou crença".

"graduado aponta arma para outro militar, compelindo-o a manifestar-se sobre sua convicção religiosa e colocar em prova sua fé"[971].

5.4.2 A liberdade de culto

5.4.2.1 Âmbito de proteção e posições jurídicas atribuídas ao sujeito

Culto é a expressão material da crença, a manifestação concreta ou, simplesmente, a prática da religião[972]. Para o fiel, culto é a ação dirigida pela finalidade religiosa, concretizada não apenas em liturgias e rituais, mas também sob a forma de posturas éticas, estilos de vida, vestuário, alimentação, ensino, cuidado pastoral, entre outros[973], pouco importando que sua incorporação à vida dos fiéis seja antiga ou recente[974]. A liberdade de culto corresponde, assim, ao direito do sujeito de determinar a sua vida e as suas ações e omissões com base na sua crença. A amplitude da tutela ao culto religioso resta clara nos documentos internacionais de direitos humanos: trata-se de uma *liberdade de viver e agir segundo sua crença*, na intimidade ou em público, com outras pessoas ou não[975]. O direito de expressar a religião também abrange *prima*

---

[971] STM, *DJ* 6 dez. 2011, Apelação 0000187-21.2010.7.01.0201, Rel. Min. Francisco José da Silva Fernandes.

[972] GARCIA, Emerson. A religião entre a pessoa humana e o Estado de Direito. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 17, n. 1, pp. 83-103, 2011, p. 86: "A liberdade de crença pode ser concebida como a face intrínseca da liberdade religiosa, afeta à intimidade do ser humano, enquanto a liberdade de culto é a sua face extrínseca, momento em que ocorre a exteriorização da fé".

[973] UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *General Comment no. 22*, cit., § 4: "A liberdade de manifestar a religião ou crença pode ser exercida 'tanto individual ou em comunidade com outros e em público ou privadamente'. A liberdade de manifestar a religião ou crença em culto, observância, prática e ensino abrange uma ampla gama de atos. O conceito de culto se estende a atos rituais e cerimoniais que dão expressão direta à crença, assim como a várias práticas constitutivas de tais atos, inclusive a construção de locais de culto, o uso de fórmulas e objetos rituais, a exibição de símbolos e a observância de feriados e dias de descanso. A observância e a prática da religião ou crença pode incluir não apenas atos cerimoniais mas também tais costumes como o cumprimento de regulações alimentares, o uso de roupas distintivas ou coberturas para a cabeça, a participação em rituais associados com certos estágios da vida e o uso de linguagem específica costumeiramente falada por um grupo. Adicionalmente, a prática e o ensino da religião ou da crença inclui atos essenciais à condução dos assuntos básicos dos grupos religiosos, tais como a liberdade de escolher seus líderes religiosos, sacerdotes e professores, a liberdade de estabelecer seminários ou escolas religiosas e a liberdade de preparar e distribuir textos ou publicações religiosas".

[974] ÍNDIA. Suprema Corte. *The Commissioner of Police & Ors. v. Acharya Jagdishwarananda Avadhuta & Anr* [2004] INSC 155. O caso envolvia a prática de uma dança ritual (*Tandava*) em procissões públicas, só recentemente adotada pela denominação pertinente.

[975] ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 32, 98 (Gesundbeter). In: SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, cit., p. 352: "Num Estado no qual

facie a propagação da crença pelo proselitismo[976].

No sistema europeu, para que se pudesse invocar a liberdade de culto, exigia-se inicialmente que a conduta fosse uma efetiva manifestação da religião, não bastando que fosse motivada ou influenciada por ela. Posteriormente, no entanto, passou-se a reconhecer que a tutela é devida sempre que o comportamento "expresse" ou seja "intimamente ligado" a uma crença. Há quem faça distinção entre condutas "nucleares" e "periféricas" para efeitos de proteção[977], mas a razão está com o Tribunal Constitucional da África do Sul e o Supremo Tribunal Federal da Suíça, que já afirmaram ser inadmissível a intromissão do Estado na definição do que seja essencial ou não dentro de uma religião[978]. Não por acaso, os tribunais nacionais europeus costumam usar o termo *prática*[979], mais amplo e genérico que culto.

A dificuldade da linha oposta pode ser observada na jurisprudência da Suprema Corte

---

a dignidade humana é o mais alto valor e no qual a livre autodeterminação de cada indivíduo representa, ao mesmo tempo, um valor constitutivo da comunidade [política], a liberdade de crença garante ao indivíduo um certo espaço jurídico livre de intervenção estatal, no qual ele possa se orientar segundo o estilo de vida correspondente à sua convicção. Nesse sentido, a liberdade de crença é mais do que tolerância religiosa, ou seja, mais do que a mera tolerância da confissão religiosa ou da convicção não religiosa (BVerfGE 12, 1 [3]). Ela inclui, por isso, não apenas a liberdade (interior) de ter ou não ter uma crença, mas também a liberdade exterior de manifestar a crença, professá-la e propagá-la (cf. BVerfGE 24, 236 [245]). Faz parte dessa garantia, ainda, o direito do indivíduo de orientar todo seu comportamento segundo os ensinamentos de sua crença, agindo de acordo com sua íntima convicção religiosa. Aqui, não são protegidas pela liberdade de crença apenas as convicções religiosas que se baseiem em dogmas de fé. Antes disso, ela abrange também as convicções religiosas que, em face de uma situação concreta da vida, exijam, ainda que não coercitivamente, uma reação estritamente religiosa, que todavia é considerada como o melhor e o mais adequado meio para enfrentar uma circunstância da vida de maneira coerente com a atitude prescrita pela fé. De outra sorte, o direito fundamental da liberdade de crença não poderia ter um pleno desdobramento [no caso concreto]" (inclusões no original).

976 CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Kokkinakis v. Grécia*, nº 14307/88, julg. 25 maio 1993; ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Watchtower Society v. Village of Scranton*, 536 U.S. 150 (2002).

977 Em *Ghai v Newcastle City Council* [2009] EWHC 978 (Admin), §§ 99-102, a *England and Wales High Court* afirmou que, para os hindus, a cremação em piras ao ar livre seria uma parte essencial de sua religião, mas o mesmo não se aplicaria aos sikhs, para os quais a medida seria tradicional, mas não um dogma ou crença. No entanto, na Câmara dos Lordes, o Lorde Walker of Gestinthorpe tomou a distinção em outro sentido e não a empregou para reduzir o escopo da proteção: "Haverá, em geral, um núcleo básico de crença e observância e questões relativamente periféricas observadas apenas pelos mais devotos. Todos eles podem ser considerados manifestações de uma crença religiosa" (*R v Secretary of State for Education and Employment & Ors* [2005] UKHL 15, *per* Lord Walker, § 62).

978 Segundo o Tribunal Constitucional da África do Sul, não caberia ao Judiciário decidir quais as práticas que seriam, ou não, centrais para certa concepção religiosa ou cultural. Se a parte sustenta "que seu *piercing* de nariz é central para ela como uma hindu tâmil sul-indiana, não cabe à Corte dizer a ela que está errada apenas porque outros não se relacionam com essa religião ou cultura da mesma forma" (*MEC for Education: Kwazulu-Natal and Others v. Pillay*, (CTC 51/26) [2007] ZACC 21; 2008 (1) AS 474 (CC); 2008 (2) BCLR 99 (CC), § 87). O Supremo Tribunal Federal suíço também se recusou a examinar se a proibição de que meninos e meninas fizessem aulas de natação juntos constituiria um "elemento central" do Islã, tendo afirmado, em vez disso, que "o Estado que é neutro em matéria de religião não está autorizado a reavaliar se certas normas religiosas são teologicamente precisas ou não" (BGer Oct. 24, 2008, 135 BGE I 79., § 4.4, *apud* REICH, Joahnnes. Switzerland: Freedom of creed and conscience, immigration, and public schools in the postsecular state – compulsory coeducational swimming instruction revisited, *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, n. 4, pp. 754-767, October 2009, p. 760).

979 DOE, Norman. *Law and religion in Europe*, cit., p. 49.

da Índia, que chegou a afirmar que a proteção constitucional só alcançaria as "práticas religiosas que são parte essencial e integrante [da religião] e nenhuma outra"[980]. Dessa forma, elementos seculares ou mesmo superstições que fossem estranhas e não essenciais à religião estariam à margem da tutela da Constituição[981]. Essa "cautela", contudo, exigia da Corte uma imersão na doutrina religiosa para definir o que seria, ou não, uma parte essencial dela. Ao requisito de essencialidade – considerado "perigoso" em si pela doutrina – a Corte ainda acrescentou uma exigência de racionalidade ao afastar a proteção de práticas resultantes de "superstições"[982]. Todo esse raciocínio foi depois desautorizado como mero *obter dictum* que, ainda por cima, estaria em descompasso com a própria jurisprudência da Corte[983]. Foi estabelecida, então, a orientação segundo a qual cabe a cada doutrina definir o que constitui ou não seus elementos essenciais "e as práticas que sejam vistas pela comunidade como parte de sua religião devem também ser incluídas entre elas"[984]. Afinal, "as autoridades não podem julgar as opiniões professadas pelos integrantes da religião e definir se uma prática é sancionada pela religião ou não"; o contrário implicaria "[p]ermitir que a autoridade julgue a verdade ou falsidade de uma crença ou prática religiosa", o que, por sua vez, significaria "destruir a garantia da liberdade religiosa na Constituição"[985].

É preciso não perder de vista, de um lado, que todo indivíduo é titular da liberdade religiosa como expressão da sua autodeterminação pessoal; e, de outro, que todas as religiões se abrem a divergências e interpretações variadas e que também elas são campos onde se exerce o poder. Por isso, não é viável sequer o recurso a peritos na religião (cientistas ou religiosos), sob pena de se substituir a avaliação do sujeito pela de terceiros a respeito do que a sua própria

---

[980] *The Durgah Committee, Ajmer & Anr. v. Syed Hussain Ali & Ors.* [1961] INSC 107; AIR 1961 SC 1402; 1962 (1) SCR 383.

[981] No caso, um grupo de muçulmanos sustentava ter o direito de administrar as doações feitas pelos peregrinos em visita a um túmulo. A Suprema Corte rejeitou essa pretensão. O fato de que esse grupo jamais teria tido o controle desses bens demonstraria não se estar diante de uma manifestação religiosa a ser protegida. Segundo a Corte, a Constituição não instituiria novos direitos de propriedade em favor das denominações – atribuindo-lhes rendas que pertencessem a terceiros –, mas apenas protegeria os que elas já tivessem.

[982] DHAVAN, Rajeev. Religious freedom in India. *The American Journl of Comparative Law*, v. 35, pp. 209-254, 1987, pp. 221, 224-225.

[983] *The Commissioner of Police & Ors. v. Acharya Jagdishwarananda Avadhuta & Anr* [2004] INSC 155.

[984] *Sardar Syedna Taher Saifuddin Saheb v. The State of Bombay* [1962] INSC 2; AIR 1962 SC 853; 1962 (2) Suppl. SCR 496; *Seshammal & Ors v. State of Tamil Nadu* [1972] INSC 75; *The Commissioner of Police & Ors. v. Acharya Jagdishwarananda Avadhuta & Anr* [2004] INSC 155.

[985] *The Commissioner of Police & Ors. v. Acharya Jagdishwarananda Avadhuta & Anr* [2004] INSC 155, citando, da Suprema Corte dos EUA, *United States v. Ballard*, 322 U.S. 78 (1944).

fé lhe determina[986]. Como destacou o Tribunal Constitucional sul-africano, embora a identidade cultural apele para a inserção comunitária do sujeito, não se pode adotar uma concepção monolítica de cultura, vendo-a "como uma entidade singular unificada que pode ser estudada e definida de fora"; sendo as culturas "formações vivas e controvertidas", a tutela constitucional alcança também "todos a quem a cultura confere significado, e não só os que por acaso falam com a voz mais poderosa no diálogo cultural contemporâneo"[987]. Uma linha semelhante foi adotada também pelo Tribunal Constitucional Federal alemão[988].

É inviável, portanto, tratar a religião – suas crenças e suas práticas – como propriedade de alguém. É natural do debate religioso reivindicar o monopólio da verdade, mas, se pretende respeitar a liberdade dos envolvidos, não cabe ao Estado interferir na discussão para proteger a unidade de certa doutrina ou impedir a concorrência de outras denominações, sejam elas muito diferentes ou muito semelhantes a outras[989]. Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça negou proteção ao *nome* de uma instituição religiosa, empregado por outra organização, também de natureza religiosa[990].

---

[986] Naturalmente, a própria parte pode trazer textos e especialistas para comprovar a seriedade do que afirma. Mas não se pode contrapor sua interpretação dos deveres religiosos a de terceiros, que pressupõe um poder que o Estado não tem, nem deve ter: aquele de definir a verdade em matéria de religião. Esse ponto foi bem destacado pela Suprema Corte do Canadá em *Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47. Apontou-se que a proteção constitucional adere a quaisquer práticas e crenças que tenham um "nexo com a religião", bastando, para tanto, que "o indivíduo demonstre que ela ou ela crê sinceramente [nelas] ou [as] realiza sinceramente a fim de se conectar com o divino ou em função de sua fé espiritual, independentemente de ser ou não determinada prática ou crença exigida pelo dogma religioso oficial ou estar ou não em conformidade com a posição de autoridades religiosas". No caso, haviam sido ouvidos dois rabinos como *expert witnesses*, que se dividiram acerca dos fatos debatidos na causa. Para a Corte, exigir que a crença de alguém seja confirmada por um perito ou outras autoridades na religião afronta a liberdade religiosa, que tem uma inegável dimensão pessoal. Pior que isso, ainda colocaria o Estado no papel de arbitrar um debate teológico.

[987] *MEC for Education: Kwazulu-Natal and Others v. Pillay*, (CTC 51/26) [2007] ZACC 21; 2008 (1) AS 474 (CC); 2008 (2) BCLR 99 (CC), §§ 54-55.

[988] 1 BvR 1783/99, § 46 e ss.

[989] Situação interessante envolveu um mandado de segurança impetrado pela Igreja Católica Apostólica Brasileira, que tivera seus cultos públicos impedidos pelas autoridades por se assemelharem, nos ritos, nas vestimentas e nos símbolos usados, àqueles empregados pela Igreja Romana. Embora o processo tenha sido extinto por questões processuais, extrai-se da fundamentação do acórdão que o STF considerou válido o ato de proibição, por basear-se na proteção à ordem pública e aos direitos de terceiros – no caso, a garantia da Igreja Católica Romana quanto ao uso de seus próprios rituais, insígnias e demais características. V. STF, *DJ* 26 jan. 1950, MS 1.114/DF, Rel. Min. Lafayette de Andrada. Se, por um lado, soa relevante o interesse na adequada identificação das denominações em tela – com a diferenciação de seus nomes e de suas práticas –, parece evidente, por outro, que o Estado não pode interferir na autocompreensão das comunidades religiosas para impedi-las de adotarem símbolos, rituais e nomes ditados por sua convicção. Criticando a decisão, v. MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967:* com a Emenda n. 1, de 1969. t. V – Arts. 153, § 2º – 159. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967, p. 133: "Os votos foram medievais. Lutero, se ressuscitasse e pedisse mandado de segurança, não o teria obtido. Para os juízes, Roger Williams não existiu".

[990] STJ, *DJ* 19 jun. 2000, REsp 66.529/SP, Rel. Min. Nilson Naves. Na avaliação do Tribunal: "Não há meios jurídicos que garantam a propriedade do nome do religioso [Mestre reverenciado por ambas as denominações], 'podendo ser ostentado, pronunciado, venerado e adotado por quantos seguidores e/ou cultores tenha ou venha a ter, individualmente ou organizados em associações' (acórdão estadual), haja vista o que ordinariamente acontece

Prosseguindo no exame do tema, também a liberdade de culto tem um viés *defensivo* mais intenso: trata-se da concretização da liberdade de crença e, por isso, de uma extensão dela para o mundo material. Cabe ao sujeito a *liberdade* de decidir se e como agir, e a *competência* para provocar a jurisdição caso o Estado, afrontando seu *direito a uma abstenção*, venha a proibi-los ou limitá-los de forma arbitrária. Isso resulta não só do art. 5º, VI, da Constituição, que garante "o livre exercício dos cultos religiosos", mas também do art. 19, I, que proíbe o Poder Público de embaraçá-los. Mas há um detalhe importante: a liberdade de culto não implica apenas o direito de não ser impedido quando da prática de condutas que manifestam a crença, mas também o de se recusar ao custeio de atos religiosos[991] e à prática de condutas que afrontem a consciência individual[992]. Por natural, só nos últimos dois casos se pode falar em uma liberdade de culto em favor dos não crentes[993]. Ainda quanto ao aspecto defensivo dessa liberdade, uma de suas manifestações específicas é o direito à assistência religiosa nas instituições de internação coletiva (*e.g.*, hospitais), previsto no art. 5º, VII, da Carta, examinado mais adiante.

Outra *competência* associada à liberdade de culto é a atribuição de efeitos civis ao casamento religioso (CF/88, art. 226, § 2º). O tema é regulado pelos arts. 1.515 e 1.516 do

---

com as igrejas cristãs pelo mundo afora". Em linha semelhante, decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo: "OBRIGAÇÃO DE FAZER. Pretensão de que uma das igrejas se abstenha de utilizar em seu nome a expressão 'CORDEIRO'. Registro concedido pelo INPI. Semelhança entre os nomes registrados pelas partes, quanto à expressão 'Cordeiro de Deus'. Porém, não se pode ignorar o fato de que as partes foram constituídas como organização religiosa, e como tal, natural que se utilizem de expressões que estejam de acordo com sua natureza. A expressão 'CORDEIRO' da maneira e por quem é empregada remete automaticamente à expressão bíblica 'Cordeiro de Deus' e, sendo assim, é impossível pretender o uso absoluto por apenas uma organização religiosa. Expressão considerada de domínio público pelo princípio religioso que dela emana com força universal, exteriorizando a fé em Jesus. Inteligência do art. 124, VI, da Lei 9.279/96" (TJSP, *DJ* , Apelação nº 1011716-29.2014.8.26.0224, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani).

[991] O ponto é objeto de uma proibição específica na Constituição da Índia, exatamente no conjunto de disposições que tratam da liberdade religiosa (art. 27). A Comissão Europeia de Direitos Humanos considerou incompatível com a liberdade religiosa a cobrança obrigatória de tributos em favor da Igreja da Suécia, dirigida a quem não integrava a denominação em tela, para o custeio de atividades religiosas (*Darby v. Sweden*, no. 11581/85, § 42-61, 11 April 1988). Essa lógica, contudo, não se aplica aos casos em que as pessoas pagam por atividades seculares desempenhadas por organizações religiosas, ainda que em regime de concessão estatal (*Lundberg v. Sweden* (dec.), no. 36846/97, 28 August 2001).

[992] Na Espanha, o Tribunal Constitucional considerou violada a liberdade religiosa de um militar que teve negado seu direito de não participar de cerimônia religiosa conduzida no âmbito das Forças Armadas, embora tenha negado a responsabilização penal que ele pretendia (*STC 177/1996*). Situação semelhante se passou com um policial, que teve garantido, pelo Tribunal, o direito de não acompanhar procissões católicas (*STC 101/2004*). Na mesma linha, a *Court Martial Appeals Court of Canada* – a mais elevada jurisdição militar do Canadá, subordinada apenas à Suprema Corte do país – afastou a condenação de um militar que, não tendo religião, se recusara a descobrir sua cabeça quando da recitação de uma prece (*R. v. Scott*, 2004 CMAC 2). Entendeu-se que se teria forçado o cidadão a demonstrar "aprovação" a uma cerimônia religiosa com a qual não concordava.

[993] MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, cit., p. 230, nota nº 761. Isso não impede que a pretensão do não crente venha a se fundar, *e.g.*, na liberdade de consciência em geral.

Código Civil. Atendidos os requisitos legais, a manifestação de vontade dos noivos, na presença da autoridade religiosa e levada a registro, tem a eficácia do casamento civil[994].

A Constituição também prevê dimensões *positivas* da liberdade de culto, em particular para instituir *deveres de proteção*, exigindo que o Estado impeça terceiros de frustrar o exercício dessa liberdade[995]. O próprio art. 5º, VI, determina ao Poder Público que assegure proteção "aos locais de culto e a suas liturgias". Nessa linha, o Código Penal brasileiro tipifica *crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos* (Título V).

O fato de a liberdade de culto se concretizar em atos e omissões, *i.e.*, no *forum externum*, no mundo compartilhado com as outras pessoas, faz com que seu exercício suscite dificuldades e se sujeite a restrições com mais frequência que a liberdade de crença. Enquanto esta se limita, em geral, ao domínio do pensamento, a vida religiosa se expande sobre a realidade da convivência social e, uma vez que envolve a prática de atos materiais, pode acabar exigindo ou autorizando uma maior interferência do Estado[996]. A manifestação concreta da religião expõe a liberdade dos crentes a conflitos com fins públicos relevantes[997] e direitos de terceiros[998] – ou, em certos casos, do próprio fiel[999]. Aqui também ganha particular intensidade a preocupação com as crianças e com os incapazes em geral, cuja liberdade e integridade podem ser postas em

---

[994] Curiosamente, porém, o Brasil tem dificuldade em admitir a homologação de sentenças de divórcio ou anulação de casamento prolatadas por autoridades religiosas sediadas no Brasil (STF, *DJ* 24 set. 1969, SE 2016/Líbano, Rel. Min. Luiz Gallotti; STF, *DJ* 18 dez. 1981, SE 2838 AgR/Líbano, Rel. Min. Xavier de Albuquerque; STF, *DJ* 27 jun. 1986, SE 2852/Espanha, Rel. Min. Djaci Falcão). No entanto, com fundamento no Acordo entre o Brasil e a Santa Sé, que admite a homologação das sentenças matrimoniais confirmadas pelo órgão superior da Santa Sé, o STJ recentemente homologou sentença proferida pelo Tribunal Interdiocesano de Sorocaba/SP, confirmada pelo Tribunal Eclesiástico de Apelação de São Paulo e, depois, pelo Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica, situado no Vaticano (STJ, *DJ* 25 nov. 2015, SEC 11962/EX, Rel. Min. Felix Fischer).

[995] Nessa linha, a Corte Suprema do Chile ordenou que uma entidade de proteção dos animais se abstivesse de perturbar cultos religiosos – ainda que em protesto contra autoridades eclesiásticas –, diante de uma denúnica apresentada por um sacerdote católico (*Fallo: 2139-2013*, 04-06-2013, Tercera Sala).

[996] Nos EUA, a diferença entre a conduta e a consciência chegou a fazer com que a Suprema Corte sustentasse a validade da aplicação aos mórmons de uma lei federal que criminalizava a poligamia – v. *Reynolds v. United States*, 98 U.S. 145, 165-167 (1878).

[997] Em caso interessante, a Suprema Corte do Canadá considerou válida lei provincial que exigia fotografias para carteiras de motorista mesmo para pessoas que, por convicção religiosa, consideravam-se impedidas de serem fotografadas. V. CANADÁ. Suprema Corte. *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567.

[998] V. COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-1022 de 2001*: "Violam-se os direitos dos demais [membros] da comunidade ao obrigá-los a ouvir o culto protestante por meio de amplificadores [...)]". Tratava-se, no caso de comunidade indígena, circunstância a que se conferiu bastante peso na decisão.

[999] Um exemplo destacado desse último envolve as recusas de tratamento fundadas em crenças religiosas, que podem pôr em risco a vida do crente. A situação envolve, muitas vezes, as testemunhas de Jeová. Sobre o tema, no Brasil, v. BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 5, ns. 17-18, pp. 507-542, jan./jun. 2010.

risco em função das decisões de seus pais/responsáveis. Outro elemento relevante é o direito à autodeterminação coletiva de comunidades culturais minoritárias[1000], especialmente dos indígenas, de modo que as exigências do multiculturalismo também devem ser consideradas neste cenário[1001].

Como apontou o Tribunal Constitucional Federal alemão, o direito em tela exclui "a possibilidade de submeter, de plano, as atividades e padrões de comportamento que decorram de uma determinada postura relacionada à crença, a sanções que o Estado prevê para um tal comportamento, sem consideração de sua motivação religiosa"[1002]. Dito de outra forma: o fato de uma conduta ter fundamento religioso deve ser considerado pelo Estado quando da incidência de normas que a restrinjam[1003]. Não se pode assimilar ao simples capricho ou preferência da parte a conduta realizada para atender a uma injunção religiosa. No mínimo, portanto, a liberdade de culto exige que se ofereça uma justificativa relevante para sua restrição, conferindo ao comportamento praticado com base na crença um peso diferenciado.

Isso não quer dizer que a liberdade religiosa deva preponderar em todos os casos, mas só que ela deve ser considerada com seriedade pelo intérprete. Em uma de suas decisões mais

---

[1000] A proteção especial dessas comunidades é prevista no PIDCP, art. 27: "Nos Estados em que haja minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, as pessoas pertencentes a essas minorias não poderão ser privadas do direito de ter, conjuntamente com outros membros de seu grupo, sua própria vida cultural, de professar e praticar sua própria religião e usar sua própria língua".

[1001] Sobre o multiculturalismo, v. SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova*, São Paulo, n. 39, pp. 105-201, 1997; KYMLICKA, Will. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 217-243; GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls*, cit., p. 158 e ss.; NAY, Olivier. *História das ideias políticas*, cit., p. 515 e ss.

[1002] BVerfGE 32, 98 (Gesundbeter). In: SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, cit., p. 353. No caso, concluiu-se pela desproporcionalidade da sanção penal diante da natureza religiosa da obrigação envolvida, afastando-se a condenação penal, por omissão de socorro, aplicada a um homem que não convencera a esposa a se submeter a tratamentos médicos porque a religião comum ao casal admitia apenas a oração. O Tribunal entendeu que a eficácia horizontal da liberdade religiosa impediria a punição de alguém por não persuadir um terceiro a mudar suas próprias convicções religiosas. Em linha semelhante, o Tribunal Constitucional espanhol afirmou que viola o núcleo das liberdade religiosa dos pais de uma criança, todos testemunhas de Jeová, exigir que convençam o filho a se submeter a uma transfusão de sangue que contraria suas crenças ou autorizar a realização do procedimento (*STC 154/2002*, FJ 15º).

[1003] Foi o que decidiu também a Suprema Corte dos EUA ao considerar inconstitucional a incidência, sobre uma testemunha de Jeová, de uma taxa de registro fixa a ser paga por quem se dedicava à venda de livros (*Follett v. Town of the McCormick*, 321 U.S. 573 (1944)). Segundo a Corte, embora não se extraísse da Constituição que a atividade religiosa deveria ser subsidiada – o que permitiria a aplicação de tributos gerais (*e.g.*, sobre a renda ou a propriedade) –, isso "não significa que [os cidadãos religiosos] possam ser obrigados a pagar uma taxa pelo exercício do que a Primeira Emenda transformou em um elevado privilégio constitucional". Afinal, "a cobrança de um tributo como condição para a fruição das grandes liberdades garantidas pela Primeira Emenda é algo tão ofensivo [...] quanto à imposição de censura ou de restrições prévias" (at 577). Mas, como se esclareceu em *Texas Monthly, Inc. v. Bullock*, 489 U.S. 1 (1989), é preciso sopesar o interesse estatal que a falta de uma isenção poderia servir (inexistente em *Follet*) com o grau de restrição imposto ao exercício da liberdade religiosa.

criticadas[1004], a Suprema Corte dos EUA manteve a decisão que negou auxílio-desemprego a dois indivíduos que haviam sido dispensados com justa causa pela ingestão de peyote, uma droga alucinógena proibida por lei, em uma cerimônia religiosa indígena. O acórdão afirma que a procedência do pedido exigiria que a consciência de cada um determinasse a extensão dos deveres previstos por leis gerais, fazendo de cada pessoa a lei de si mesma. A acomodação das crenças dependeria da vontade do legislador, de quem se deveria esperar respeito pela liberdade religiosa[1005]. Como se percebe, foi irrelevante o fato de a conduta em tela ter sido determinada pela religião dos interessados; se tivessem feito uso recreativo da substância, a solução teria sido a mesma. A reação política foi imediata: aprovou-se uma lei para corrigir a orientação da Corte[1006], mas esta, sentindo-se afrontada, restringiu o alcance do diploma[1007]. Este, porém, foi essencial para que a Corte mudasse o rumo mais adiante, em outro caso, em que a discussão envolvia o emprego de hoasca por uma denominação de origem brasileira: segundo a Suprema Corte, depois de liberado o uso sacramental do peyote pelo Legislativo e pelo Executivo, seria injustificável a alegação do Poder Público de que seria inviável abrir exceções para o hoasca[1008].

Um exemplo do cuidado necessário foi dado pelo Tribunal Constitucional da África do Sul. O processo envolvia um adepto da religião rastafári que, por usar *cannabis*, teve seu registro como advogado indeferido pelo conselho profissional. Como o uso e a posse de *cannabis* eram tipificados criminalmente, o conselho entendeu que a postura do interessado seria incompatível com a advocacia. O Tribunal reconheceu a centralidade da *cannabis* na religião rastafári, mas confirmou, por maioria, o ato do conselho. Entendeu que seria inviável, na prática policial, distinguir entre os usos religioso e recreativo da *cannabis* e, mais ainda, entre a posse para um fim ou para outro. Como a liberdade religiosa é um direito de todos, admitir uma exceção geral à proibição de "drogas perigosas" prejudicaria muito a capacidade

---

[1004] Houve crítica na própria Corte. A Juíza O'Connor, em voto divergente seguido pelos Juízes Brennan, Marshall e Blackmun, afirmou que "a decisão da Corte de hoje não apenas interpreta de forma errada firmes precedentes relativos à Primeira Emenda; ela parece ser desnecessária neste caso. Chego ao mesmo resultado aplicando nossa jurisprudência pacífica em matéria de liberdade de religião" (*Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872, at 903 (O'Connor J, diss.) (1990)).

[1005] *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872, at 885 (1990).

[1006] O *Religious Freedom Restoration Act* (1993), promulgado em resposta à decisão da Corte em *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), expressamente admite que se alegue uma violação à liberdade religiosa como causa de pedir ou matéria de defesa "em um processo judicial e obtenha tutela adequada contra um governo" (42 U.S.C. § 2000bb-1(c)).

[1007] Em *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507, at 534-535 (1997), a Corte afirmou que a lei não se aplicaria aos Estados. Nada obstante, o clamor contra a decisão em *Employment Division v. Smith* foi tão grande que diversos Estados aprovaram leis ou reinterpretaram suas Constituições de forma a incorporar a lógica da lei federal a seus ordenamentos parciais. V. NUSSBAUM, Martha. *Liberty of conscience*, cit., pp. 160-161.

[1008] *Gonzalez v. O Centro Espírita Beneficente União do Vegetal*, 546 U.S. 418 (2006).

do Estado de aplicar sua legislação contra entorpecentes. Além disso, seria uma afronta à liberdade de religião se o Poder Público estivesse na posição de certificar quem é ou não é um "rastafári de boa-fé". Na conclusão, os juízes pontuaram: "[a] questão, portanto, não é saber se o uso não-invasivo de *cannabis* para fins religiosos causa danos aos usuários, mas se a permissão concedida aos rastafáris para possuir *cannabis* enfraquece a proibição geral contra essa posse. Pensamos que sim"[1009]. Posteriormente, essa decisão foi confirmada pela Comissão Africana de Direitos Humanos[1010] e pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU[1011].

Não é o caso de discutir o mérito dos dois acórdãos. O que a sua comparação mostra é a necessidade de identificar a existência de um choque entre direitos fundamentais e/ou fins coletivos e de proceder à necessária ponderação entre eles. Enquanto a Suprema Corte dos EUA ocultou o problema recorrendo à soberania como um trunfo, o Tribunal sul-africano não deixou de reconhecer o peso da liberdade de culto, ainda que tenha decidido, no fim das contas, pela legitimidade da restrição.

Os casos demonstram, ainda, a *indivisibilidade* entre a crença e o culto[1012]: em que pese a conveniência de se distinguir o *forum internum* do *forum externum*, é a crença que confere à conduta nela baseada a sua especificidade e justifica a tutela constitucional[1013]; além disso, sem possibilidade de exteriorização, a liberdade de crença perderia muito de sua relevância – de que adianta manter uma convicção e não poder viver segundo ela ou expressá-la? É verdade, por um lado, que a intimidade da crença a torna "naturalmente" mais protegida contra restrições; mas é igualmente correto, por outro, que se ela depende da conduta para se exprimir

---

[1009] *Prince v. President of the Law Society of the Cape of Good Hope and Others*, CCT36/00; [2002] ZACC 1; 2002 (2) SA 794; 2002 (3) BCLR 231. A questão, obviamente, está longe de ser simples. Ficaram vencidos os Juízes Ngcobo, Mokgoro, Sachs e Madlanga, que seguiram o voto proferido pelo primeiro. Depois de insistir na amplitude da liberdade religiosa, ele ressaltou: "[o] efeito da proibição é afirmar que, aos olhos do sistema jurídico, todos os rastafáris são criminosos. O estigma assim associado é manifesto". No caso do recorrente, as consequências teriam sido ainda piores, pois ele havia sido impedido de exercer a profissão da sua escolha. Quanto às dificuldades operacionais no controle de uma exceção, apontou-se tanto a viabilidade de uma regulação satisfatória da matéria, como a circunstância de que a criminalização do uso da *cannabis* já era objeto de exceções quando utilizada para fins medicinais, de pesquisa e de análise.

[1010] *Prince v S. Afr.*, Comm. 255/2002, 18th ACHPR AAR Annex III (2004-2005).

[1011] Communication No. 1464/2006, *Gareth Anver Prince v. South Africa*, Views adopted on 31 October 2007.

[1012] Falando em uma unidade essencial e incindível entre crença e conduta, v. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, cit., pp. 222-224; WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*, cit., p. 115.

[1013] Em *Jack and Charlie v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 332, a Suprema Corte do Canadá rejeitou a invocação da liberdade religiosa feita por dois indígenas condenados pelo abate de cervos fora da época admitida em lei. Segundo a Corte, não restou comprovado que o abate em si fazia parte da cerimônia religiosa em que sua carne foi usada.

efetivamente, negar proteção a esta será também um atentado contra a crença[1014]. O ponto foi examinado acima quando se destacou a afinidade entre os diferentes direitos que compõem as liberdades do espírito.

No Brasil, uma questão relevante envolve o crime de curandeirismo previsto no art. 284 do Código Penal[1015]. Considerando que muitas religiões adotam tratamentos e curas de índole espiritual, a aplicação do tipo penal pode conduzir à criminalização do típico exercício da liberdade religiosa – notadamente dos grupos indígenas e minoritários em geral, já que não se cogita, *e.g.*, de punir o padre católico por ministrar a bênção do enfermo. Um exemplo é o caso de sete pastores protestantes condenados por fazerem orações e ungirem com óleo a perna de um fiel que estava doente[1016]. A tipificação dessa conduta parece estar associada à concepção da medicina tradicional ou religiosa como manifestação de ignorância, superstição ou atraso, como se só a Ciência Médica fosse digna de respeito e isenta de riscos[1017]. Não por acaso, entende-se que só a pessoa "inculta ou ignorante" ou "rude" pode ser sujeito ativo desse delito[1018]. No único acórdão em que parece ter examinado o tema, o Supremo Tribunal Federal afirmou que a "garantia da liberdade de culto seguramente não alcança [...] a prática de atos que, sem embargo de sua roupagem mística, são tipificados pela lei penal"[1019]. Já o Superior Tribunal de Justiça, em julgado já antigo, sugeriu o contrário:

> A unidade, a organicidade do sistema jurídico não admite contradição lógica, ou seja, a norma não pode, ao mesmo tempo, proibir e consentir. A constituição, após a República, afastou-se de religião oficial. O chamado Estado Laico, a partir de 1981 [sic] e as congêneres posteriores, foram sempre no mesmo sentido. [...]
> Em expressão mais simples: cada pessoa tem livre escolha e opção de seguir uma religião, entendida como comunicação do homem com o ser divino. Evidentemente, há ritual,

[1014] Como registrou a Suprema Corte dos EUA, "a crença e a ação não podem ser confinadas com lógica precisão em compartimentos distintos" (*Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205, 220 (1972)). O mesmo apontou o Tribunal Constitucional Federal alemão: "O Art. 4 (1) [da Lei Fundamental] garante a liberdade de religião, consciência e ideologia e o Art. 4 (2) proscreve a interferência com a prática da religião. As duas disposições juntas constituem um único e amplo direito fundamental, que inclui não apenas a liberdade de crer ou não em caráter privado mas também a liberdade de proclamar e divulgar a crença de alguém para o mundo exterior. Isso inclui também o direito do indivíduo de adequar sua conduta às exigências de sua fé e de agir de acordo com suas crenças íntimas" (2 BvR 1436/02; da versão em inglês disponível em: <https://goo.gl/I29TNM>. Acesso em: 3 set. 2016).

[1015] CP, art. 284: "Exercer o curandeirismo: I – prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância; II – usando gestos, palavras ou qualquer outro meio; III – fazendo diagnósticos: Pena – detenção, de seis meses a dois anos. Parágrafo único. Se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito à multa".

[1016] O caso, que ocorreu na década de 1980, é narrado por PUTTINI, Rodolfo Franco. Curandeirismo, curandeirices, práticas e saberes terapêuticos: reflexões sobre o poder médico no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, v. 11, n. 3, pp. 32-49, 2011, p. 36 e ss.

[1017] *Ibid.*, p. 43.

[1018] STF, *DJ* 5 dez. 2008, HC 85.718/DF, Rel. Min. Cezar Peluso.

[1019] STF, *DJ* 2 ago. 1985, RHC 62.240/SP, Rel. Min. Francisco Rezek (trecho do voto do relator).

> procedimento, exteriorização. A própria Bíblia demonstra que sempre o homem, através de símbolos, se comunicou com o ser sobrenatural.
> A religião católica, o protestantismo, o espiritismo usam rituais, protegidos pelo Código Penal [...]. Cada qual tem a sua forma. [...] a religião é também maneira do homem encontrar lenitivo, apoio, diretriz, "norte" para superar dificuldades e garantir conquistas. Como não há religião oficial no País, cada pessoa procura o ritual que preferir[1020].

Há concordância, na doutrina, com a "forte corrente jurisprudencial [...] entendendo que as 'rezas' e 'passes', quando atos de fé, não caracterizam o delito", fazendo referência ao art. 5º, VI, da Constituição, que cuida da liberdade religiosa[1021]. De fato, não há como admitir uma tipificação abrangente do curandeirismo diante da extensão do direito fundamental à liberdade de culto, que garante às pessoas o recurso à sua fé como forma de minimizar o sofrimento ou obter a cura. Além de incompatível com a Constituição, leitura diversa ainda vai de encontro ao esforço, empreendido até pela Organização Mundial da Saúde, no sentido de compreender melhor e estudar o que chama de *medicina tradicional* (*alternativa*, *complementar* ou *não convencional*)[1022].

5.4.2.2 A liberdade "em relação à" religião (freedom from religion)

Antes de concluir o ponto, há uma última questão a ser examinada. Ela diz respeito à *liberdade em relação à religião* (*freedom from religion*), compreendida, ora como o direito de não ser alvo de proselitismo, ora como o direito de pessoas não religiosas de não praticarem atos de natureza religiosa. No primeiro sentido, a expressão pode ser associada à liberdade de manter a própria religião, o que autorizaria um grupo a limitar a prática de proselitismo por outros. A ideia é polêmica e, de ordinário, sem mérito: a liberdade religiosa de alguém não lhe garante uma vida imune a tentativas de convencimento por parte de terceiros[1023].

[1020] STJ, *DJ* 16 ago. 1993, HC 1.498/RJ, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro (trecho do voto do relator).

[1021] DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 565.

[1022] WORLD HEALTH ORGANIZATION. *General guidelines for methodologies on research and evaluation of traditional medicine*, WHO/EDM/TRM/2000.1. Geneva, 2000. Disponível em: <https://goo.gl/y11f3o>. Acesso em: 20 dez. 2016.

[1023] Se esse direito tem algum espaço – e parece ser essa a linha defendida por Arvind Sharma (*Problematizing religious freedom*, cit., p. 255-256) –, é na tutela de grupos indígenas. Nessa linha, a Corte Constitucional da Colômbia afirmou que as autoridades tradicionais inidígenas podem restringir intensamente a militância e o proselitismo de outras religiões em suas terras, a fim de proteger sua cultura, embora não possam, *e.g.*, punir seus membros pelo simples fato de se converterem (V. *Sentencia SU-510 de 1998*, posteriormente confirmada pela *Sentencia T-349 de 2008*). No Brasil, o STF destacou que "deve caber às comunidades indígenas, e apenas a elas,

No segundo sentido, ela assume uma complexidade maior. Em geral, quando se pensa em liberdade religiosa, invocam-se as liberdades de crença e consciência para afirmar que seriam igualmente protegidas as condutas de adotar uma religião e viver segundo ela e, de forma simétrica, de *não* adotar uma religião e *não* seguir práticas determinadas por ela. Essa associação, contudo, é problemática, como demonstram Gidon Sapir e Daniel Statman[1024]. Não há dúvida de que, no plano da liberdade de crença, o crer e o não crer são tutelados. Mas disso não decorre que, no que se refere à liberdade de culto, *observar os ditames de uma religião* e *não observar os ditames de uma religião* sejam equivalentes. Convém trazer alguns exemplos para expor a diferença entre os dois comportamentos.

Na **Situação nº 1**, uma lei restringe a venda de bebidas alcoólicas aos domingos e feriados, muitos dos quais de origem cristã. Na **Situação nº 2** – que, de fato, se apresenta em alguns países onde o Islã predomina – o Estado proíbe, inclusive com pena de prisão, atos como ingerir bebidas alcoólicas durante o dia no Ramadã[1025]. Na **Situação nº 3**, uma pessoa é obrigada a fazer um juramento sobre a Bíblia para assumir um mandato eletivo. Na **Situação nº 4**, fecha-se uma via pública para a passagem de uma procissão religiosa, forçando terceiros a usar uma rota mais longa.

O único cenário em que a liberdade de culto é flagrantemente afetada pela medida estatal é a Situação nº 3[1026], enquanto o extremo oposto é dado pela Situação nº 4 – até é possível pensar na invocação de outros direitos (*e.g.*, a liberdade de locomoção), mas seria estranho sustentar que a mudança no tráfego violaria a liberdade de consciência de alguém só porque teria sido motivada por um ato religioso. A pessoa não é obrigada a participar da cerimônia, mas apenas a mudar de trajeto por causa dela.

As Situações nºs 1 e 2 parecem limítrofes, embora a segunda assuma contornos mais intensos que a primeira (afinal, vedar a ingestão de bebidas alcoólicas é mais intenso e geral que apenas limitar sua venda). É aqui que a discussão sobre o segundo sentido da liberdade em relação à religião se apresenta com maior ênfase. Examinando a Situação nº 1, o Tribunal

---

o direito de decidir se, como e em que circunstâncias se admitirá a presença dos missionários e seus templos. Não se trata, portanto, de ouvir a sua opinião, mas de dar a ela o caráter definitivo que qualquer escolha existencial deve ter, infensa à imposição externa, por parte da União, das denominações religiosas ou de quem quer que seja. Obsevada essa premissa, caberá à União e ao Ministério Público organizar e supervisionar a entrada, a permanência e a saída de missionários e a construção de templos" das terras indígenas" (STF, *DJ* 4 fev. 2014, Pet 3.388 ED/RR, Rel. Min. Luís Roberto Barroso).

[1024] SAPIR, Gidon; STATMAN, Daniel. Why freedom of religion does not include freedom from religion, cit.

[1025] FOX, Jonathan. *Political secularism, religion, and the state*, cit. p. 79.

[1026] CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Buscarini and Others v. San Marino* [GC], nº 24645/94, 18 February 1999.

Constitucional da África do Sul decidiu que a lei não representaria uma afronta à liberdade religiosa, porque *não* tomar bebidas alcoólicas seria irrelevante do ponto de vista da crença dos afetados. Isto é: seu cumprimento não levaria a que deixassem de seguir sua fé[1027]. Em sentido contrário, a Suprema Corte do Canadá decidiu que, como *liberdade*, o direito fundamental em tela proíbe também a participação forçada em atos religiosos estranhos à crença do sujeito[1028]. O mesmo fez o Tribunal de Justiça da Bahia, que declarou a invalidade de lei municipal que proibia a abertura de bares na Sexta-feira da Paixão[1029].

Para lidar com o problema, é preciso retomar o que se disse sobre o *cluster-right* da autodeterminação pessoal, sua conexão direta com a dignidade humana e a autodefinição da personalidade e, principalmente, a devida interpretação dos direitos fundamentais. Acima se apontou que é dever do intérprete submeter à ponderação os direitos em choque sem efetuar cortes prévios no seu âmbito de proteção – vale dizer: eles devem ingressar no debate com a leitura mais generosa possível, a fim de que qualquer restrição decorra do sopesamento e seja justificada com base nele. Isso não significa que a autodeterminação pessoal se confunda com o livre-arbítrio ou a liberdade absoluta, nem que todas as condutas protegidas *prima facie* gozem de tutela jurídica sempre e na mesma intensidade. Ao contrário, comportamentos que se aproximem mais da autodefinição da personalidade individual – *i.e.*, da adoção e da expressão de concepções do que seja uma vida boa – merecem, em princípio, maior proteção que outros, que envolvam meros dissabores ou incovenientes.

Nas duas Situações (1 e 2), não se pode afastar de plano a incidência da liberdade religiosa, já que as pessoas são afetadas por uma determinação que, ao menos em aparência, têm fundamento em uma crença diversa da sua. Ou seja: a matéria se submete, sim, à ponderação. Todavia, as vedações em tela não impõem que os interessados *expressem a crença*, no sentido de proclamá-la ou afirmar sua validade, porque os atos envolvidos, em geral, não contrariam sua identidade pessoal. Não há propriamente um *culto forçado* a ponto de conduzir à invalidade das leis: não abrir um bar na Sexta-feira Santa não faz de ninguém católico, assim

---

[1027] *S v. Lawrence, S v. Negal, S v. Solberg* (CCT 38/96, CCT39/96, CCT40/96) [1997] ZACC 11; 1997 (10) BCLR 1348; 1997 (4) AS 1176) – afastou-se a alegação de afronta à liberdade religiosa invocada contra uma lei que restringia a venda de bebidas alcoólicas aos domingos, no Natal e na Sexta-feira da Paixão.

[1028] O caso envolvia a paralisação compulsória de atividades comerciais aos domingos (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 SCR 295).

[1029] Segundo a relatora, Des. Rita de Cássia Machado Magalhães Filgueiras Nunes, o diploma promoveu um "verdadeiro malferimento ao direito de autodeterminação de cada indivíduo, pois que foram criados obstáculos injustificados para a ingestão de bebidas alcoólicas durante a Sexta-Feira da Paixão, se estes assim desejarem" (TJBA, *DJ* 25 maio 2016, Ação Direta de Inconstitucionalidade 0015229-97.2014.8.05.0000, Rel. Des. Rita de Cássia Machado Magalhães Filgueiras Nunes; trecho do voto da relatora).

como não ingerir álcool no Ramadã não torna muçulmano um ateu – até porque as duas condutas podem ser praticadas também por diversas outras razões, inclusive preferência pessoal ou imperativo de saúde. Nisso essas Situações diferem da nº 3, em que se exige a *afirmação pessoal da crença* em algo de que se discorda[1030]. O mesmo ocorre, *e.g.*, quando só se admite o casamento religioso: as pessoas são obrigadas a tomar parte de uma cerimônia religiosa – *i.e.*, a expressar uma crença – quando não compartilham daquela fé[1031].

Dessa forma, não é possível afirmar com convicção que a liberdade de culto *nunca* inclui a liberdade em relação à religião. Sempre que as pessoas forem forçadas a praticar atos, ou a participar de eventos, dotados de natureza religiosa – em especial quando se tratar de momentos significativos da sua vida (*e.g.*, casamento) –, a liberdade de religião incide para exigir uma ponderação com os outros bens envolvidos na disputa. "Nesses casos, as pessoas sentem que são alienadas de si mesmas, que são forçadas a se comportarem de uma forma que não é autêntica e contraria sua integridade"[1032]. É preciso adiantar, contudo, que esse tipo de problema dificilmente se colocará validamente em um Estado laico – exigências como essas serão inconstitucionais por envolverem a indevida identificação da coletividade com uma confissão religiosa. O tema será retomado.

5.4.3 A liberdade de organização religiosa

[1030] Definitivamente – para que não haja dúvida – não se trata de recortar a liberdade para enfraquecê-la como fez a Suprema Corte dos EUA com o direito à privacidade no caso *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186 (1986), ao considerar insustentável um "direito fundamental à sodomia homossexual" (at 191). A vedação à sodomia correspondia, em verdade, à criminalização da homoafetividade em si, de modo que os afetados eram impedidos de exercer sua autodeterminação. Foi o que a Corte reconheceu em *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003), que explicitamente rechaçou o entendimento afirmado em *Bowers*. No caso da ingestão de bebidas alcoólicas, não há como pensar da mesma forma. Não há dúvida de que o direito geral de liberdade das pessoas é atingido, mas isso ocorre diante de qualquer lei. Ademais, na maior parte dos casos, uma restrição limitada no tempo à ingestão de álcool dificilmente poderia ser vista como um impedimento à autodefinição da identidade – *i.e.*, à autodeterminação pessoal. O exemplo dado acima se situa nesse contexto; sendo outra a hipótese (se a bebida, de alguma forma, fosse central à concepção de vida boa do sujeito), o raciocínio seria diferente.

[1031] Essa linha foi observada no Canadá pelo mesmo *Chief Justice* Dickson que escreveu o acórdão de *Big M*, citado acima. Em *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 SCR 713, um caso que versava sobre comércio realizado aos domingos, ele destacou: "Nenhuma das lojas envolvidas nos presentes recursos alegou que estava aberta no domingo por qualquer outro motivo além de ganhar dinheiro. Consequentemente, não há fundamento probatório para sustentar a afirmação de algumas delas de que sua liberdade de não se submeterem a uma doutrina religiosa teria sido limitada".

[1032] SAPIR, Gidon; STATMAN, Daniel. Why freedom of religion does not include freedom from religion, cit., p. 502.

O exercício da liberdade religiosa é garantido tanto em caráter individual, como em caráter coletivo[1033]. É nesse sentido amplo – *i.e.*, sem rigorismos formais quanto à submissão a um modelo ou mesmo à necessidade constituição de uma pessoa jurídica – que a *liberdade de organização religiosa* precisa ser compreendida. É dever do Estado facilitar a aquisição de personalidade jurídica por grupos religiosos[1034], mas nem por isso se limita a tutela àqueles que a tenham[1035]. De todo modo, não se admite a discriminação das confissões no que se refere à aquisição de personalidade jurídica – em particular quando isso as priva de direitos necessários a sua operação autônoma (*e.g.*, disposição e gestão patrimonial, contratação de empregados, abertura de contas bancárias)[1036] –, na existência de regimes jurídicos mais benéficos para algumas denominações[1037], ou na criação de mecanismos de incentivo que desfavoreçam o ingresso ou a permanência nesses grupos[1038].

[1033] Em que pese a relevância da dimensão coletiva da liberdade religiosa, parece excessivo dizer – como faz Dieter Grimm – que "a religião se refere a um fenômeno supraindividual", pressupondo "uma comunidade que é unida por sua crença em algumas verdades de natureza transcendental e desenvolve formas comuns de culto e interação". O autor chega a dizer que não se chamariam de religião as convicções de uma única pessoa (GRIMM, Dieter. Conflicts between general laws and religious norms, cit., p. 2373). Muitas religiões têm início com um profeta que questiona a tudo e a todos e, como qualquer de seus eventuais seguidores, tem direito à liberdade religiosa. Não é o número que conduz à proteção constitucional e mesmo o solitário adorador de um deus esquecido merece a mesma tutela que o católico, inserido em uma comunidade com mais de um bilhão de fiéis. Do contrário, Jesus não faria jus à garantia da liberdade até que convertesse seu primeiro discípulo. O centro da preocupação não é a comunidade, mas sempre o *sujeito*, pouco importando quantos o acompanhem.

[1034] CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Magyar Keresztény Mennonita Egyház and Others v. Hungary*, nos. 70945/11, 23611/12, 26998/12, 41150/12, 41155/12, 41463/12, 41553/12, 54977/12 and 56581/12, § 90, 8 April 2014.

[1035] VENICE COMMISSION; OSCE/ODIHR ADVISORY COUNCIL ON FREEDOM OF RELIGION OR BELIEF. *Joint opinion on freedom of conscience and religious organizations in the Republic of Kyrgyzstan*. CDL-AD(2008)032. Disponível em: <https://goo.gl/zPOKSF>. Acesso em: 8 set. 2016, § 26: "A decisão de se registrar ou não junto ao Estado pode, em si, ter natureza religiosa, e o direito à liberdade de religião ou crença não deve depender de ter ou não um grupo requerido e obtido o *status* de pessoa jurídica". V., ainda, OSCE/ODIHR. *Guidelines for review of legislation pertaining to religion or belief*. Disponível em: <http://www.osce.org/odihr/13993?download=tru e>. Acesso em: 8 set. 2016, p. 17: "O registro de organizações religiosas não deve ser obrigatório *per se*, embora seja adequado que se exija o registro para os fins de obter personalidade jurídica e benefícios semelhantes; Indivíduos e grupos devem ser livres para praticarem sua religião sem registro se assim desejarem".

[1036] CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Kimlya and Others v. Russia*, nos. 76836/01 and 32782/03, § 85, 1 October 2009, que cita, ainda: *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria*, nº 40825/98, § 66 *in fine*; *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, no. 45701/99, § 118; *Koretskyy and Others v. Ukraine*, no. 40269/02, § 40, 3 April 2008; e *Canea Catholic Church v. Greece*, 16 December 1997, §§ 30 and 40-41.

[1037] CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria*, nº 40825/98, § 92 e ss. Entendeu-se que o regime especial das "sociedades religiosas" vinha acompanhado de inúmeras vantagens (*e.g.*, isenção de serviço militar e civil, benefícios tributários, simplificação da fundação de escolas, participação em órgãos colegiados), que se traduziam em um favorecimento das confissões enquadradas. Por isso, caberia ao Estado se manter equidistante nessa matéria, permitindo o acesso igualitário de todas as confissões ao *status* diferenciado.

[1038] Aplica-se aqui a *ratio* adotada pela Suprema Corte dos EUA em matéria de associações em geral. Em *Brown v. Socialist Workers '74 Campaign Comm.*, 459 U.S. 87 (1982), citando *NAACP v. Alabama*, 359 U.S. 449 (1958), a Corte destacou que a obrigação de divulgação dos dados dos doadores de campanha de um partido pequeno

Algumas denominações, como o catolicismo romano, têm um caráter institucional mais destacado que outras. No entanto, mesmo para aquelas confissões que adotem estruturas menos complexas ou simplesmente não dirijam esforços particulares à institucionalização formal, a liberdade de organização revela considerável importância ao facilitar as reuniões entre os fiéis, além de permitir a definição de uma agenda comum e a defesa coletiva de seus direitos e interesses[1039]. Nessa qualidade, as organizações religiosas tornam-se projeções da personalidade de seus membros, embora seu papel não se reduza ao de um mero aglomerado de indivíduos[1040]. Como se verá, a própria organização goza de liberdade de culto, podendo se dedicar à prática da religião e à disseminação e promoção da sua crença[1041].

A liberdade de organização religiosa é resultado de uma confluência entre a liberdade religiosa e as liberdades associativas em geral. Nesse sentido, e no que couber, as mesmas prerrogativas conferidas pelos direitos gerais de associação são atribuídas também às entidades voltadas para fins religiosos e às pessoas que planejem criá-las ou que sejam seus membros[1042]. Sob a Constituição de 1988, isso se traduz, em síntese[1043]: **(i)** no direito constituir livremente entidades com fins religiosos, desde que não tenham caráter paramilitar; **(ii)** na dispensa de prévia autorização para sua criação, com vedação à interferência estatal no seu funcionamento;

---

afrontaria a liberdade de associação quando isso expusesse seus membros a ameaças, assédios e reprimendas. Em situações como essa, a garantia da privacidade seria fundamental à garantia da liberdade de associação. Quanto à aplicação de sanções ou à recusa de benefícios, v. *Healy v. James*, 408 U.S. 169, at 180-185 (1972), em que se discutiu o não-reconhecimento de uma organização de alunos por uma universidade, o que a impediu de fazer reuniões no *campus* e de ter acesso aos murais de avisos e ao jornal universitário.

[1039] CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas and Others v. Austria*, nº 40825/98, §§ 61-63, 31 July 2008.

[1040] MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, cit., pp. 235-236. V. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Corporation of the Presiding Bishop v. Amos*, 483 U.S. 327, 342 (1987), Brennan, J., *concurring*: "Para muitas pessoas, a atividade religiosa extrai sentido, em larga medida, da participação em uma comunidade religiosa mais ampla. Tal comunidade representa uma tradição contínua de crenças compartilhadas, uma entidade orgânica irredutível à mera agregação de indivíduos".

[1041] ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. *1 BvR 670/91*, § 33.

[1042] A Comissão de Veneza já destacou que "a liberdade de pensamento, consciência e religião [...] é um direito complexo, que é intimamente ligado e deve ser interpretado em conjunto com a liberdade de associação [...] e com o direito à não-discriminação" (*Opinion on Act CCVI of 2011 on the right to freedom of conscience and religion and the legal status of churches, denominations and religious communities of Hungary*, CDL-AD(2012)004, §19. Disponível em: <https://goo.gl/yJnQVq>. Acesso em: 8 set. 2016). O mesmo foi mencionado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em *Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, § 62, 26 October 2000.

[1043] CRFB, art. 5º, XVII a XXI: "XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar; XVIII – a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento; XIX – as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado; XX – ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado; XXI – as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente". V. também, no art. 19, I, da Carta, a proibição de que os entes federativos "embaracem" o funcionamento das denominações religiosas.

(iii) na reserva de jurisdição para suspensão das suas atividades associativas ou para a dissolução da entidade, exigindo-se, no último caso, trânsito em julgado da sentença[1044]; **(iv)** na liberdade individual para ingressar, permanecer e deixar a qualquer momento, qualquer organização; **(v)** no direito das entidades de representarem judicial ou extrajudicialmente seus membros, desde que autorizadas a tanto.

Assim, a liberdade de organização religiosa atribui posições jurídicas subjetivas tanto aos indivíduos quanto às próprias denominações. Enquanto aqueles têm *competência* para fundar confissões e se retirar delas livremente, estas a têm para se conduzir nos termos de seus estatutos e atos constitutivos e para se autodeterminar em matéria de crença[1045], estrutura e funcionamento[1046], inclusive para admitir ou não novos membros ou excluir quem já a integre[1047]. Como competências envolvem a produção de efeitos no mundo jurídico (*e.g.*, a aquisição de personalidade jurídica), a liberdade de organização religiosa só pode ser exercida de forma adequada se o Estado criar os instrumentos normativos necessários para viabilizá-la e oferecer os meios para tanto. Há, portanto, uma dimensão *prestacional* relevante aqui, que impõe ao Poder Público deveres em matéria de *organização e procedimento* (*e.g.*, as normas civis e registrais pertinentes à criação de organizações religiosas).

Naturalmente, a personalidade dos fiéis não se resolve na figura da organização; eles permanecem livres para adotar as convicções que lhes parecerem adequadas. Mas é preciso ter cuidado tanto com a alienação quanto com o individualismo: como qualquer outra instituição social, as confissões religiosas são, ao mesmo tempo, produto da interação de seus fiéis e uma realidade objetiva, estranha à vontade particular de cada um deles. Sua autocompreensão é

[1044] WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*, cit., p. 138.

[1045] STF, *DJ* 26 jun. 1958, RE 31.179/DF, Rel. Min. Hahnemann Guimarães: "Compete exclusivamente à autoridade eclesiástica decidir a questão sobre as normas da confissão religiosa, que devem ser respeitadas por uma associação constituída para o culto".

[1046] V. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. EEOC*, 565 U.S. ___ (2012), dentre outros; UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *General Comment no. 22*, cit., § 4. Essa afirmação coloca um problema importante para os países onde haja uma denominação oficial, que muitas vezes preservam a participação dos governantes civis na eleição das autoridades religiosas. Não é esse, porém, o caso do Brasil, nem, *e.g.*, da Colômbia, onde a Corte Constitucional declarou a inconstitucionalidade de dispositivos que, previstos em concordata celebrada entre aquele país e a Santa Sé, autorizavam a ingerência do Presidente da República em matérias pertinentes à organização da Igreja Católica Romana V. *Sentencia C-027 de 1993*: "BISPO – Objeção à nomeação/ARCEBISPO – Objeção à nomeação. A deferência que se confere ao Estado, através do Presidente da República, para objetar às nomeações por razões civis ou políticas, conflita com o princípio da igualdade constitucional que deve existir entre todas as religiões, além da ingerência que, em matérias eclesiásticas, se outorga ao Governo. CIRCUNSCRIÇÃO ECLESIÁSTICA – Criação. A inconstitucionalidade surge na parte que confere ao Governo a faculdade de fazer recomendações sobre a criação das circunscrições eclesiásticas".

[1047] CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Svyato-Mykhaylivska Parafiya v. Ukraine*, no. 77703/01, § 146, 14 June 2007.

determinada por sua identidade comum que, por sua vez, só pode ser interpretada e aplicada por seus órgãos competentes, conforme os procedimentos que considerem adequados. Assim, é a doutrina que individualiza a organização religiosa, mas é esta que define aquela. Como em qualquer outra pessoa jurídica privada, os dissidentes não podem impor sua vontade às instâncias competentes da entidade; o que lhes cabe, em todos os casos, é o direito de sair[1048].

Do ponto de vista coletivo, fala-se em um *direito geral de autodeterminação*, que inclui a autocompreensão, autodefinição, auto-organização, autoadministração, autojurisdição e autodissolução[1049]. Tudo isso se traduz em normas de competência negativa para todos os Poderes do Estado, proibidos, em princípio, de pautar a estrutura, a operação e a base doutrinária das entidades religiosas, de lhes negar reconhecimento ou registro por juízos de conveniência e oportunidade, ou de se substituírem aos seus órgãos próprios na interpretação de suas normas internas. Isso se reconduz à liberdade de crença e de culto dos integrantes de cada confissão religiosa: em geral, a estrutura orgânica e os processos de decisão não são indiferentes para a crença, sendo, ao contrário, determinados por ela; como essas entidades existem para o exercício coletivo do culto por seus membros, sua finalidade só poderá ser alcançada se lhes for possível se organizar e agir conforme as normas religiosas que fixam suas instituições e seu funcionamento[1050]. É preciso, portanto, que, ao cumprir sua obrigação quanto à edição de normas de organização e procedimento, o Estado preserve o mais amplo espaço possível para os atos constitutivos das entidades religiosas[1051].

[1048] Como afirmaram a Corte Europeia de Direitos Humanos (*Holy Synod of the Bulgarian Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) and Others v. Bulgaria*, nos. 412/03 and 35677/04, § 137, 22 January 2009) e a Comissão (*Karlsson v. Sweden*, no. 12356/86, 8 September 1988; *Spetz and Others v. Sweden*, no. 20402/92, 12 October 1994; e *Williamson v. the United Kingdom*, no. 27008/95, 17 May 1995).

[1049] MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, cit., p. 246.

[1050] SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam. *A liberdade de organização religiosa e o Estado laico brasileiro*. São Paulo: Mackenzie, 2007, pp. 77-79; CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, § 62, 26 October 2000: "A Corte lembra que as comunidades religiosas tradicional e universalmente existem sob a forma de estruturas organizadas. Elas seguem normas que são frequentemente vistas por seus seguidores como tendo origem divina. As cerimônias religiosas têm seu significado e valor sagrado para os fiéis se forem conduzidas por ministros religiosos com autoridade para esse fim, em conformidade com aquelas regras".

[1051] OSCE/ODIHR. *Guidelines on the legal personality of religious or belief communities*. Disponível em: <http://www.osce.org/odihr/139046 ?download=true>. Acesso em: 16 set. 2016, p. 29: "O Estado deve respeitar a autonomia das comunidades religiosas ou de crença quando cumprir sua obrigação de lhes prover acesso à personalidade jurídica. No regime que disciplina o acesso à personalidade jurídica, os Estados devem observar suas obrigações garantindo que o direito nacional deixe à própria comunidade religiosa ou de crença decidir sobre sua liderança, suas normas internas, o conteúdo substantivo de suas crenças, a estrutura da comunidade e as formas de nomeação do clero, e seu nome e outros símbolos. Em particular, o Estado deve evitar a realização de um controle substantivo, em oposição a um controle formal, do estatuto e da natureza de uma organização religiosa. Considerando a ampla gama de diferentes formas organizacionais que as comunidades religiosas ou de crença podem adotar na prática, um alto grtau de flexibilidade no direito nacional é exigido nesta área". Em sentido

No direito comparado, há modelos variados de formalização de entidades religiosas. Na Europa, seu reconhecimento pode ocorrer por expressa disposição constitucional, por meio de leis específicas, por acordos celebrados com o Estado ou, simplesmente, pelo registro em órgão competente. Seu regime, em geral, se subordina a diplomas legais (gerais ou específicos para certas denominações), aos acordos firmados ou a uma combinação dos dois modelos. Pode-se conceder personalidade jurídica de direito público ou de direito privado, havendo Estados em que ambos os modelos coexistem. Também há diferenças quanto à espécie de entidade: em alguns países, há categoria(s) jurídica(s) especial(is) para os entes de índole religiosa, enquanto outros optam por lhes estender espécies também aplicáveis a outras pessoas jurídicas (*e.g.*, associações, *charities*)[1052]. Nos EUA, a matéria é regulada por normas estaduais, que também variam consideravelmente. Em geral, são constituídas *non-profit corporations* sob diversas formas (*corporations sole*, *trustee corporations*, *membership corporations*)[1053].

No Brasil, o tema é regulado laconicamente pelo Código Civil, que desde dezembro de 2003, prevê a figura específica das *organizações religiosas* entre as pessoas jurídicas de direito privado (art. 44, IV)[1054]. Ressalvada a aplicabilidade, no que couber, das normas gerais relativas às pessoas jurídicas como um todo (art. 45 a 52), o Código dedica ao tema nada mais do que o art. 44, § 2º, que dispõe: "São livres a criação, a organização, a estruturação interna e o

aparentemente contrário – demonstrando a complexidade do tema –, a Corte Suprema do Chile manteve decisão que negou presonalidade jurídica de direito público à Igreja de Unificação, do Reverendo Moon, "em especial porque o conteúdo da fé que se pretende difundir e propagar são conntrários à ordem pública". Segundo o Ministério da Justiça, a doutrina da Igreja faria "uma apologia da violência, afetando de forma clara e certeira o direito de associação e o caráter plural da sociedade chilena" (*Fallo: 2.226-2005*, 15-09-2005, Tercera Sala). Ficaram vencidos os Ministros Gálvez e Juica, que afastavam do Ministério da Justiça a competência de avaliar o conteúdo das crenças ao processar o registro das entidades.

[1052] DOE, Norman. *Law and religion in Europe*, cit., p. 88 e ss.

[1053] DURHAM JR., W. Cole. Legal status of religious organizations: a comparative overview. *The Review of Faith & International Affairs*, v. 8, n. 2, pp. 3-14, Summer 2010, pp. 3-5.

[1054] Trata-se de inovação trazida pela Lei nº 10.825/2003. Em sua redação original, o Código Civil de 2002 só trazia as sociedades, associações e fundações entre as pessoas jurídicas de direito privado – diferentemente do diploma de 1916, que previa, entre outras, as "sociedades religiosas" (art. 16, I). No substitutivo aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, chegou a ser incluído um dispositivo que previa a aplicação subsidiária, às organizações religiosas, do regime das associações (BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. Parecer (Substitutivo ao Projeto de Lei nº 634, de 2003). Relator: Dep. Fed. João Alfredo. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/pro_mostrarintegra?codteor=177347&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+634/2003> Acesso em: 16 set. 2016). Essa previsão, porém, acabou não constando do texto final aprovado pela Câmara e que, passando pelo Senado, foi sancionado pelo Presidente da República. Apesar disso, no parecer que apresentou à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, o relator afirmou que concordava "com as conclusões de S. Exª [o Dep. Fed. João Alfredo], que fazemos nossas" a respeito de que, às organizações religiosas, "aplicar-se-ão as normas relativas às associações; mas de uma forma subsidiária", o que "deve constar na redação da lei, de forma expressa" (BRASIL. Senado Federal. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Parecer (Projeto de Lei da Câmara nº 88, de 2003). Relator: Sen. Magno Malta. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=10/12/2003&paginaDireta=40461> Acesso em: 16 set. 2016).

funcionamento das organizações religiosas, sendo vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro dos atos constitutivos e necessários ao seu funcionamento".

Uma situação particular é a da Igreja Católica: sua personalidade é reconhecida nos termos de um acordo internacional firmado entre o Brasil e a Santa Sé[1055]. Nada obstante, embora o diploma preveja o reconhecimento também das Instituições Eclesiásticas (*e.g.*, Dioceses, Paróquias), criadas livremente pela Igreja conforme o direito canônico, sua personalidade depende de "inscrição no respectivo registro do ato de criação, nos termos da legislação brasileira, vedado ao poder público negar-lhes reconhecimento ou registro do ato de criação, devendo também ser averbadas todas as alterações por que passar o ato" (art. 3º, § 2º). Ou seja: em que pese a existência de normas especiais, no que se refere à aquisição de personalidade jurídica, o regime geral das organizações religiosas e o previsto pelo acordo são idênticos – e assim devem ser interpretados, na medida em que o imponha a exigência de igual tratamento de todas as confissões religiosas.

Em qualquer dos casos, e diferentemente do que se passa em outros países, o direito brasileiro não impõe qualquer requisito quantitativo ou qualitativo para que seja instituída uma organização religiosa – o que não impede, contudo, restrições decorrentes de outros valores fundamentais. Sem dúvida, abusos de forma devem ser coibidos, mas, havendo dúvida razoável, não compete ao Poder Público definir o que se qualifica ou não como "religião" para os efeitos civis; para seu registro, basta a seriedade da convicção de seus fundadores quanto à finalidade religiosa da entidade, cujo objeto deve ser o culto. Além disso, não importa quem sejam seus criadores ou sua qualidade – pessoas naturais, outras organizações religiosas –, se há ou não vinculação a organismos estrangeiros ou internacionais, se decorrem de desmembramento, fusão ou associação de entidades já existentes, dentre outros aspectos[1056].

A previsão de um regime jurídico especial para as organizações religiosas decorre do fato de que, muitas vezes, o cumprimento de seu objeto social não é compatível com as normas que regem, *e.g.*, associações e fundações. Há confissões cujos procedimentos são inconciliáveis com o regime de outras pessoas jurídicas de direito privado – nesses casos, a sujeição, *e.g.*, a regras relativas à deliberação assemblear obrigatória ou à relativa submissão ao Ministério Público, muito pertinente no contexto das associações e fundações, mostra-se excessivamente restritiva. Por isso, grupos que se afirmem não religiosos ou que neguem a própria religião

[1055] Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil de 2008. Aprovado pelo Dec. Leg. nº 698/2009 e promulgado pelo Dec. nº 7.107/2010.

[1056] Sobre o tema, v. SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam. *A liberdade de organização religiosa e o Estado laico brasileiro*, cit., pp. 89 e ss., e 127-130.

(como os ateus) não podem instituir organizações religiosas – afinal, eles se definem justamente por não invocarem as crenças responsáveis pelo tratamento diferenciado das organizações religiosas.

Mas a autodeterminação das entidades religiosas não se limita a sua constituição. Sua operação e seu funcionamento ordinário também são protegidos pela liberdade de organização religiosa. Isso se aplica, por natural, quando, em circunstâncias semelhantes, seriam tutelados os atos de outras pessoas jurídicas privadas, mas também, para além disso, quando eles manifestem a doutrina religiosa, envolvendo a definição, interpretação e aplicação da crença confiada àquela instituição[1057]. Há, assim, uma verdadeira *reserva de confissão religiosa*, que veda, como regra geral, a interferência do Estado sobre as questões *interna corporis* das organizações religiosas. Além do respeito que se deve à autodefinição da crença comum, isso decorre do caráter voluntário da sujeição a ela, que impede a invocação da tutela estatal em disputas internas à organização[1058]. Sua autonomia se reflete particularmente no direito de escolher, nomear e afastar suas lideranças, ministros, sacerdotes e todos aqueles que, em nome da denominação, se dediquem à propagação e ao ensino da religião[1059]. São eles que expressam a identidade da confissão religiosa ao definir e difundir a crença; o reconhecimento de quem está ou não apto a fazê-lo, portanto, é algo que só pode caber às próprias denominações.

Essa autodeterminação só está em causa quando presentes as razões que a justificam – quais sejam: a proteção da autocompreensão em matéria de crença e de culto, e o caráter voluntário do pertencimento. Assim, não há como admitir que uma entidade religiosa estenda

---

[1057] Nessa linha, v. TJES, *DJ* 19 mar. 2012, Agravo Interno no Agravo de Instrumento nº 35101116073, Rel. Des. Carlos Roberto Mignone: "1. A definição que as seitas religiosas imprimem aos comportamentos que consideram justa causa para exclusão de seus membros, por denotarem 'quebra dos princípios do evangelho', é infensa ao controle jurisdicional, sobretudo em cognição sumária, pois constituem faceta da liberdade de crença que lhes é assegurada constitucionalmente, fora do poder censório do Estado em consequência da laicidade pauta a história política de nossa República. 2. Com efeito, ditos conceitos têm o alcance que aquela afiliação espiritual lhe conferir, como expressão de sua liberdade organizacional, infensa, inclusive, ao figurino estabelecido pelo Código Civil que lhe confere personalidade jurídica (arts. 44-I e 2.031, p.u)"; TJSP, *DJ* 20 jun. 2011, Agravo de Instrumento nº 0098491-62.2011.8.26.0000, Rel. Des. Pedro Baccarat : "Agravo de instrumento. Ação visando destituir o Agravado do cargo de pastor e presidente da Igreja por desvio doutrinário. Questão que deve ser resolvida pela Assembleia da Igreja, nos termos do Estatuto. Tutela antecipada indeferida. Recurso desprovido".

[1058] Nesse sentido, a Suprema Corte dos EUA afirmou que "[n]a ausência de fraude, conluio ou arbitrariedade, as decisões dos órgãos julgadores competentes de uma igreja em matérias puramente eclesiásticas, ainda que afetem direitos civis, são aceitas nos processos diante de tribunais seculares como conclusivas, porque as partes interessadas as tornaram assim por meio de um contrato ou outra medida" (*Gonzalez v. Roman Catholic Archbishop of Manila*, 280 U.S. 1, at 16 -17 (1929)).

[1059] UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *General comment no. 22*, cit., § 4. A importância da escolha da pessoa do líder para a comunidade religiosa foi destacada pela Corte Europeia de Direitos Humanos em *Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, § 62, 26 October 2000; e pelo *Human Rights Review Tribunal* da Nova Zelândia em *Gay and Lesbian Clergy Anti-discrimination Society, Inc. v. the Bishop of Auckland*, [2013] NZHRRT 36, § 43.

sua esfera de competências sobre quem não tenha se colocado sob a sua autoridade[1060]. Da mesma forma, não se apresentando um debate sobre a definição da doutrina religiosa, não há justificativa para que o Estado sonegue a sua proteção a quem a pede. É o que ocorre, *e.g.*, quando essas entidades descumprem legislação estatal válida e/ou seus próprios estatutos e regimentos em prejuízo de alguém[1061] – respeitada, contudo, a precedência dos seus órgãos na interpretação de seus atos internos. Não compete aos Poderes estatais substituir, pela sua, a leitura que a organização faz das suas próprias disposições normativas, ou impor requisitos de justiça material ou procedimental às decisões das entidades religiosas. Mas, não sendo esse o caso – *i.e.*, evidenciando-se o descumprimento puro e simples de suas normas –, torna-se viável, na medida do possível e do necessário, a intervenção estatal[1062]. Autonomia não se traduz em uma exceção total e absoluta ao direito[1063].

Mesmo que a intervenção estatal seja admitida em alguma medida, é preciso cuidado para não avançar sobre matérias diretamente associadas à crença ou impor políticas seculares às organizações religiosas, ainda quando isso seja pertinente para outras pessoas jurídicas

---

[1060] MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, cit., pp. 247-248.

[1061] Elencando diversas oportunidades em que isso aconteceu na Europa, v. DOE, Norman. *Law and religion in Europe*, cit., p. 121. Segundo Ira Mark Ellman, a execução, pelo Estado, das normas internas da organização religiosa é uma grande ajuda para a sua estruturação formal, porque a confiança nas disposições às quais as pessoas se submetem é fundamental para que elas ingressem em parcerias e associações (ELLMAN, Ira Mark. Driven from the tribunal: judicial resolution of internal church disputes. *California Law Review*, v. 69, n. 5, pp. 1378-1444, September 1981, p. 1405). No entanto, é preciso ir além: se a liberdade de organização religiosa envolve um direito à autodeterminação da entidade é porque o Estado a reconhece juridicamente como uma fonte normativa vinculante para si e para seus membros. Mais do que isso, ele a enxerga como um ente cuja personalidade é distinta daquela de seus integrantes e administradores. Dessa forma, e sem prejuízo da prevalência dos órgãos internos da denominação na interpretação dos atos que a regem, a implementação destes pelo Poder Público – em um contexto em que se proíbe "fazer justiça pelas próprias mãos" (CP, art. 345) – é uma expressão necessária da sua competência de autodeterminação. A esta se conecta outra competência: a de buscar o Judiciário para ver garantida a autodeterminação – *i.e.*, para ver observados seus atos internos.

[1062] SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam. *A liberdade de organização religiosa e o Estado laico brasileiro*, cit., p. 130. É assim que deve ser compreendido o Enunciado nº 143, aprovado na III Jornada de Direito Civil do entro de Estudos Judiciários (CEJ) do Conselho da Justiça Federal (CJF), que afirma: "A liberdade de funcionamento das organizações religiosas não afasta o controle de legalidade e legitimidade constitucional de seu registro, nem a possibilidade de reexame pelo Judiciário da compatibilidade de seus atos com a lei e com seus estatutos". Em um caso interessante, envolvendo a discussão acerca da válida sucessão de um líder religioso Sikh, a Suprema Corte do Reino Unido observou que embora não se possa decidir sobre a validade de crenças ou de práticas religiosas, é possível remeter a elas quando se trata de dar cumprimento à vontade das partes em um instrumento contratual ou de garantir que bens administrados por terceiros (*trust*) sejam empregados para os fins a que se destinam. Assim, e.g., atos praticados por órgãos incompetentes de uma entidade religiosa podem ser invalidados pelo Judiciário. Em afirmação polêmica, contudo, a Corte afirmou que caberia aos tribunais civis aferir os ditames "fundamentais e essenciais de uma fé", tal como expostos nos contratos ou *trust deeds* para definir, em caso de cisma, quem teria direito de manter os bens (*Shergill and others v. Khaira and others*, [2014] UKSC 33).

[1063] Nessa linha, Rex Ahdar e Ian Leigh fazem referência a acórdão australiano que negou o pleito do dono de uma pequena escola confessional que pretendia não se registrar junto ao Poder Público. Ele alegara que essa medida ofenderia sua crença de que a escola era controlada apenas por Deus (AHDAR, Rex; LEIGH, Ian. *Religious freedom in the liberal state*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 251).

privadas[1064]. É juridicamente impossível, *e.g.*, obrigar uma denominação a manter um ministro no exercício de suas funções, a incorporar um fiel expulso, ou a se manter ligada a outro grupo. Quando se fala, assim, em atuação por parte do Estado, tem-se em mira fundamentalmente a gestão patrimonial da entidade, nas situações em que se questione, *e.g.*, a propriedade sobre certos bens diante de uma cisão da organização ou a validade de atos jurídicos praticados pelo corpo de administradores da entidade. Pode ser feita uma analogia aqui com o direito de família: os sentimentos e afinidades das pessoas não estão disponíveis para o Estado que, contudo, pode e deve atuar para, em caso de conflito, atribuir a cada parte o que lhe cabe em termos de bens materiais[1065].

Mais delicada é a discussão quanto à observância de direitos fundamentais pelas organizações religiosas. Como se verá, no Brasil é pacífico que esses direitos também incidem sobre as relações privadas e, mais que isso, que o fazem diretamente, sem interposição do legislador. Contudo, falta, na prática, a compreensão de que esses casos envolvem, de forma inevitável, um choque de direitos, já que as entidades religiosas (e seus membros) também são titulares da liberdade de organização religiosa e, consequentemente, de uma ampla autonomia *prima facie* na condução das suas atividades coletivas. É necessário, portanto, promover uma ponderação – mas isso nem sempre ocorre. Não é raro ver acórdãos que se limitam a aplicar o direito fundamental e, assim, a restringir a liberdade de organização religiosa, sem qualquer tipo de avaliação sobre a proporcionalidade dessa medida. É o caso, *e.g.*, da anulação de ato de expulsão de um pastor por ausência de contraditório e ampla defesa[1066]; e de criação, inclusive em sede liminar, de recursos internos não previstos nas regras da organização religiosa[1067].

5.4.4 A liberdade religiosa das pessoas jurídicas

Embora a Constituição de 1988 não o mencione expressamente[1068], não há dúvida de que as pessoas jurídicas também são titulares de direitos fundamentais – ou, ao menos, de

[1064] É que defende ELLMAN, Ira Mark. Driven from the tribunal, cit.

[1065] Fazendo essa analogia, mas de outra forma, v. ELLMAN, Ira Mark. Driven from the tribunal, cit., p. 1403.

[1066] TJSP, *DJ* 22 mar. 2016, Apelação nº 1003478-78.2014.8.26.0302, Rel. Des. José Roberto Furquim Cabella.

[1067] TJES, *DJ* 19 mar. 2012, Agravo Interno no Agravo de Instrumento nº 35101116073, Rel. Des. Carlos Roberto Mignone.

[1068] Diferentemente da Lei Fundamental alemã, que em seu art. 19 (3), dispõe: "Os direitos fundamentais também são válidos para as pessoas jurídicas sediadas no país, conquanto, pela sua essência, sejam aplicáveis às mesmas";

alguns deles[1069]. É o caso, *e.g.*, dos direitos de propriedade e dos direitos processuais, como o acesso à Justiça, a ampla defesa e o contraditório. Mas há alguma controvérsia quanto à titularidade, por parte delas, de direitos como a participação política por meio de doações a campanhas eleitorais[1070]. Isso justifica, desde já, três observações importantes.

Em *primeiro* lugar, há alguns direitos que, por postularem uma "referência humana", pressupondo "características intrínsecas ou naturais do homem como sejam o corpo ou bens espirituais" não podem ser estendidos às pessoas jurídicas – caso, *e.g.*, da liberdade de crença[1071]: o carácter ficcional dessas entidades, que nada mais são que abstrações[1072], torna inviável falar em uma consciência própria, distinta daquelas de seus membros ou gestores[1073].

Em *segundo* lugar, a titularidade de direitos fundamentais pelas pessoas jurídicas não depende só do conteúdo do direito, mas também da própria entidade envolvida. É preciso não perder de vista o *princípio da especialidade:* pessoas jurídicas são constituídas para certos fins, de modo que seu campo de atuação legítimo é limitado por seu objeto; por via de consequência,

---

e da Constituição portuguesa, cujo art. 12, nº 2, prevê: "As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza". Em ambos os países, a doutrina aponta que também estão incluídas as entidades despersonalizadas (HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, cit., p. 234; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 420).

[1069] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Direitos fundamentais – tópicos de teoria geral. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, cit., pp. 171-172; SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, cit., pp. 310-313.

[1070] O STF discutiu este tema na ADI 4.650/DF, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (*DJ* 24 fev. 2016, Rel. Min. Luiz Fux). O relator sugeriu que as pessoas jurídicas não se ampararam na liberdade de expressão política para fazer as referidas doações. Mas o acórdão não parece afirmar categoricamente a absoluta inexistência desse direito – pesaram mais a ideia de evitar a distorção do processo eleitoral pelo poder econômico e a necessidade de moralização dos pleitos diante notícias de que as mesmas empresas doariam para vários candidatos ao mesmo tempo.

[1071] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, cit., pp. 421-422; WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*, cit., p. 132.

[1072] Na explicação de Carlos Santiago Nino, são "construções lógicas" que cumprem um papel de simplificação: elas ajudam a lidar com uma complexa rede de atos que envolvem pessoas variadas e normas jurídicas. V. SANTIAGO NINO, Carlos. *Introdução à análise do direito*. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, pp. 264-277.

[1073] A impossibilidade de invocação de crenças por pessoas jurídicas, nessa linha, foi defendida por CHEMERINSKY, Erwin; GOODWIN, Michele. Religion is not a basis for harming others: review essay of Paul A. Offit's *Bad faith: when religious belief undermines modern medicine*. *The Georgetown Law Journal*, v. 104, pp. 1111-1136, 2016, p. 1133. O comentário dos autores é crítico à decisão da Suprema Corte dos EUA no caso *Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. ___ (2014), em que se afirmou que, no contexto específico de uma determinada lei, poder-se-ia imputar a uma sociedade empresária a manifestação de uma crença. A Corte poderia ter examinado o tema especificamente pela óptica constitucional em outro caso, que envolvia legislação estadual proibindo as drogarias de não ter ou entregar medicamentos por motivo de consciência de seus sócios. Em segundo grau, a norma foi considerada válida, mas a Suprema Corte se negou a examinar o pedido, com voto divergente, por escrito, do Juiz Alito, acompanhado pelo *Chief Justice* Roberts e pelo Juiz Thomas (*Stormans, Inc. v. Wiesman*, 794 F.3d 1064, 1071 (9th Cir. 2015), *cert. denied*, 579 U.S. ___ (2016)).

só lhes cabem os "direitos necessários ou convenientes à realização dos seus fins"[1074]. O que marca a pessoa jurídica é o fato de não se confundir com os seus integrantes ou administradores – a ponto de permanecer intacta ainda que todo o seu quadro societário ou gestor venha a se modificar. Seria uma curiosa subversão admitir que o sujeito e a pessoa jurídica, distinguindo-se em todos os aspectos – inclusive e especialmente quanto à responsabilidade patrimonial –, pudessem, contudo, fundir-se em uma personalidade, fazendo da segunda uma extensão do primeiro[1075]. Tudo isso foi acolhido pela doutrina no Brasil[1076].

Não é difícil aplicar à liberdade religiosa o que se acaba de dizer. Embora as pessoas jurídicas não disponham de uma consciência própria – e, assim, de *liberdade de crença* –, elas podem ser criadas com o objetivo de promover a convicção de alguém ou de um grupo – *i.e.*, com a finalidade de servir ao *culto*, à vida em comunhão com os valores religiosos, à reflexão sobre a fé e à sua propagação. As pessoas se reúnem em torno da mesma orientação, não porque seguem a crença da entidade, mas porque as convicções de todos se alinham em torno daquelas ideias. Há, em suma, a vivência conjunta de indivíduos cujas crenças se aproximam a ponto de todos se identificarem como membros de um mesmo grupo. É justamente esse o objeto das *organizações religiosas* e, não por acaso, é tranquilo o entendimento de que elas dispõem da liberdade de religião.

O mesmo se aplica – em alguma medida – a outras entidades, de tipo *expressivo*, cujo escopo é a mobilização de discursos protegidos pela Constituição[1077], como os de caráter político, filosófico ou religioso. Elas se diferenciam das *instrumentais* ou *não expressivas*, cujos

---

[1074] VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 118. Prossegue o autor (pp. 118-119): "Não sendo pessoas inteiras, as pessoas colectivas só se justificam na função que desempenham – por exemplo, não pode uma associação política invocar a liberdade religiosa [...]. As limitações e os cuidados da extensão admitida levam-nos [...] a concluir que se deve ter em conta a diferença de qualidade entre os sujeitos de direito que são pessoas humanas e os que não o são: a diferença entre o caráter *final* da personalidade jurídica do homem e o caráter *instrumental* da personalidade jurídica colectiva". V., ainda, MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, cit., p. 220. Exigindo que "os direitos fundamentais concretamente a se analisar se harmonizem, na protecção concedida, ao sentido existencial da pessoa colectiva em causa", v. GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional*. v. II. Coimbra: Almedina, 2005, p. 1073. Na Espanha, onde também não há previsão expressa sobre o tema, como no Brasil, o Tribunal Constitucional aplicou o mesmo raciocínio (*STC 137/1985*, FJ 3º). O princípio da especialidade é pacífico também no Direito Internacional, como critério para distinguir as organizações internacionais dos Estados (V. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE. *Legality of the use by a State of nuclear weapons in armed conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports 1996, p. 66, § 25).

[1075] Como disse a Juíza Ginsburg da Suprema Corte dos EUA, "ao criar uma empresa [...], um indivíduo se separa da entidade e escapa à responsabilidade pelas obrigações desta", não sendo razoável afastar pontualmente essa separação, apenas no seu próprio interesse, para impor sua convicção religiosa como se ele e a pessoa jurídica fossem a mesma pessoa (*Burwell v. Hobby Lobby*, 573 U.S. ___ (2014), at 19, Ginsburg J., diss.).

[1076] SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 311.

[1077] FARBER, Daniel A. *The First Amendment*. 3rd ed. New York: Foundation Press, 2010, p. 224.

principais fins têm natureza profissional, assistencial, econômica ou comercial[1078]. Mais uma vez, o que importa é o objeto da entidade: como o discurso religioso é, ele mesmo, uma manifestação da liberdade de culto, a criação de uma pessoa jurídica com o intuito específico de promover determinada crença já atrai a proteção da liberdade religiosa. Ela foi constituída para o fim de viabilizar ou colaborar no exercício das liberdades do espírito de seus membros, de modo que a proteção a ela, neste particular, decorre da tutela concedida a eles. Sua situação difere muito daquela, *e.g.*, de sociedades empresárias dedicadas a uma atividade comercial comum (*e.g.*, um bar ou uma loja de roupas), cujo adequado desempenho é absolutamente desvinculado da filiação religiosa de qualquer um de seus integrantes ou colaboradores[1079]. Entre esses extremos, naturalmente, há uma zona cinzenta em que a determinação do peso da crença só pode ser aferido diante das características específicas da entidade e das funções que ela efetivamente exerce.

Em *terceiro* lugar, e por fim, é preciso não colocar a forma acima da substância. Há empresas desenvolvidas com o instrumental da personalidade jurídica que continuam, porém, muito associadas à personalidade ou à intimidade do(s) seu(s) sócio(s) ou empresário. Além da empresa individual de responsabilidade limitada (Código Civil, arts. 44, VI e 980-A), é possível cogitar, ainda, de sociedades formadas por familiares próximos e/ou que, de algum modo, envolvam uma grande proximidade com sua vida pessoal. Nesses casos, ou bem o ente jurídico e a pessoa natural se sobrepõem sem restos, sendo uma e a mesma pessoa, porque a atividade é desenvolvida por ela própria; ou a empresa se insere no âmbito da intimidade de alguém ou de um grupo – em ambos os casos, não é viável proteger a liberdade religiosa e a privacidade das pessoas naturais sem estender seus esfeitos à esfera da pessoa jurídica. Nesse sentido, *e.g.*, no Reino Unido e nos EUA a legislação que proíbe a discriminação nas locações privadas abre

---

[1078] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Liberdades. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, cit., pp. 307-308; PREUß, Ulrich K., Associative rights (the rights to the freedoms of petition, assembly, and association). In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, András (Eds.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 959.

[1079] Em casos que envolviam vários tipos de discriminação, a Suprema Corte dos EUA considerou válida a aplicação de leis que proibiam essas práticas por parte de sindicatos (*Railway Mail Ass'n v. Corsi*, 326 U.S. 88 (1945)), escritórios de advocacia (*Hishon v. King & Spalding*, 467 U.S. 69 (1984)) e mesmo em associações (*Roberts v. United States Jaycees*, 468 U.S. 609 (1984); *Bd. of Dirs. of Rotary Int'l v. Rotary Club*, 481 U.S. 537 (1987)), tendo vedado, ainda, que subsídios estatais se dirigissem a escolas privadas com políticas de segregação racial (*Norwood v. Harrison*, 413 U.S. 455 (1973)). No entanto, quando a entidade é considerada expressiva, sua proteção é maior (*Boy Scouts of America* et al. *v Dale*, 530 U.S. 640 (2000)). A conexão com a finalidade social da entidade é direta: a tutela constitucional depende da demonstração de que a pessoa jurídica não conseguirá desenvolver seu objeto de forma adequada se atender à medida imposta pelo Poder Público (*New York State Club Ass'n v. New York City*, 487 U.S. 1, at 13 (1988)). *A contrario sensu*, a ausência de qualquer perturbação na capacidade de a entidade expressar seus próprios valores e opiniões demonstra a validade da medida estatal (*Rumsfeld v. Forum for Academic and Institutional Rights, Inc.*, 547 U.S. 47 (2005)).

exceções para os casos em que o locador ou sua família também reside no imóvel, divindo o espaço com terceiros[1080]. Isso não significa que a autonomia privada deva sempre prevalecer nesses contextos, mas simplesmente que, havendo incidência da liberdade religiosa, não se pode deixar de promover a necessária ponderação, considerando os dados do caso concreto[1081]. Há um espaço maior de liberdade na contratação de um empregado doméstico que na admissão de pessoal por uma grande empresa em um processo seletivo público, mas nem por isso se admitiria como válido um ato de discriminação racial praticado por um empregador doméstico.

5.4.5 Restrições à liberdade religiosa

5.4.5.1 O que são restrições?

Segundo a *teoria externa* dos limites dos direitos fundamentais – adotada aqui –, fala-se em *restrição* sempre que uma pessoa for impedida de realizar alguma conduta que estivesse *prima facie* amparada pela leitura mais ampla possível de um direito fundamental. Para que se afirme a ocorrência de uma restrição, pouco importa o grau de limitação imposto, quem obsta o comportamento em questão ou o nome que se dê à medida (conformação, regulamentação, limitação etc.) – quando alguém não puder mais fazer algo que estava, em princípio, coberto pela norma de direito fundamental, ter-se-á uma restrição.

Naturalmente, não é necessário que a medida restritiva se dirija textualmente à religião ou a alguma prática ou grupo religioso[1082] – embora isso, sem dúvida, seja mais grave, porque

---

[1080] REINO UNIDO. *Equality Act 2010*, Schedule 5 – Premises: exceptions. A exceção alcança todas as categorias protegidas (*e.g.*, religião, estado civil), salvo a raça, que inclui cor, nacionalidade e origens étnicas ou nacionais. Nos EUA, v. *Civil Rights Act of 1964* (42 U.S.C. § 2000a(b)(1)).

[1081] A Suprema Corte do Novo Méxixo (EUA) se recusou a traçar uma distinção entre profissões "expressivas" ou "criativas" para fins de proteção constitucional. O caso envolvia uma alegação de discriminação por motivo de orientação sexual imputada a uma empresa de fotografia, que se recusara a documentar uma união entre pessoas do mesmo sexo (*Elane Photography, LLC v. Willock*, 309 P.3d 53 (N.M. 2013), *cert. denied*, 134 S. Ct. 1787). Criticando a decisão por não ter considerado o choque entre a liberdade de expressão e a proteção de grupos estigmatizados, v. CONSTITUTIONAL law – First Amendment – New Mexico Supreme Court holds that application of public accommodations law to wedding photography company does not violate First Amendment speech protections. — *Elane Photography, LLC v. Willock*, 309 P.3d 53 (N.M. 2013). *Harvard Law Review*, v. 127, pp. 1485-1492, 2014.

[1082] Uma medida como essa afrontaria o que Douglas Laycock chama de *neutralidade formal*, remetendo ao pensamento de Philip Kurland. V. LAYCOCK, Douglas. Formal, substantive, and disaggregated neutrality towards religion. *DePaul Law Review*, v. 39, n. 4, pp. 993-1018, Summer 1990, p. 999. O mesmo efeito negativo

"a hostilidade é pior que a insensibilidade"[1083]. Como já observado, uma postura que seja aparentemente neutra pode gerar uma limitação à liberdade religiosa se envolver um prejuízo desproporcional a alguém por causa de sua crença. Isso ocorre quando a medida adotada lhe coloque na posição de escolher entre renunciar a uma prática religiosa ou assumir um ônus mais pesado que o imposto aos outros cidadãos[1084].

5.4.5.2 Limites às restrições

Para serem válidas, medidas de restrição a direitos fundamentais devem obedecer a uma série de exigências, conhecidas como "limites dos limites". O tema tem recebido numerosos aportes da doutrina, mas pouca atenção costuma ser dada à repercussão que a internalização dos tratados de direitos humanos produz nesse contexto. O fato de a Constituição de 1988 não trazer normas expressas sobre o tema acaba fazendo com que este se reconduza só à doutrina e à jurisprudência, quando *legem habemus* – é possível questionar seu papel ou sua leitura no direito brasileiro, mas não fingir que os diplomas internacionais não existem.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos explicitamente dispõe que "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" (art. 18.3). Segundo o Comitê de Direitos Humanos da ONU, somente esses fundamentos autorizam restrições ao direito, não se permitindo a invocação de causas diversas – mesmo que previstas em outros dispositivos do diploma (*e.g.*, segurança nacional). Além disso, cabe ao Estado o ônus de provar que as

---

é observado quando a lei, embora redigida em termos aparentemente imparciais, gera na prática, como única consequência relevante, a proibição do culto religioso. Foi o que destacou a Suprema Corte dos EUA em *Church of Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993). No caso, logo depois que uma organização religiosa que empregava sacrifícios de animais anunciou sua intenção de se estabelecer em Hialeah, a cidade editou uma regulação sobre o abate de animais. A Corte destacou, entre outros pontos, que a legislação local fora redigida de forma cuidadosa para excluir, na prática, só o sacrifício de animais por aquela denominação, quando quase todas as outras hipóteses de abate continuavam permitidas.

[1083] McCONNELL, Michael W.; POSNER, Richard A. An economic approach to issues of religious freedom. *The University of Chicago Law Review*, v. 56, n. 1, pp. 1-60, Winter 1989, p. 40.

[1084] *Ibid.*, p. 39. Nessa linha, no caso *Swaggart Ministries v. Cal. Bd. of Equalization*, 493 U.S. 378 (1990), em acórdão unânime, proferido pela Juíza O'Connor, a Suprema Corte dos EUA decidiu ser válida a incidência de um imposto geral sobre as vendas feitas por uma organização religiosa, tendo em vista que a legislação não singularizava a atividade religiosa como objeto de um tratamento especial e mais oneroso.

limitações são necessárias e proporcionais aos fins a que se destinam[1085]. A mesma linha do Pacto é observada pela Convenção Americana[1086] e pela Convenção Europeia[1087].

O que se vê é que há uma razoável congruência – embora não absoluta identidade – entre os testes impostos pelos tratados e aqueles que a doutrina e a jurisprudência costumam indicar. Os itens adiante se dedicam à exposição de cada um deles[1088].

5.4.5.2.1 Reserva de lei

A *reserva de lei* é tranquilamente admitida no Brasil como um limite à restrição de direitos fundamentais[1089]. Em certos casos, as próprias disposições de direitos preveem sua limitação por lei, com ou sem exigências quanto ao escopo da atuação do legislador

[1085] UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *General comment no. 22*, cit., § 8.

[1086] Art. 12.3: "A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas".

[1087] Art. 9.2: "A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou colectivamente, não pode ser objecto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à protecção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à protecção dos direitos e liberdades de outrem.".

[1088] Um dos "limites dos limites" que não será abordado aqui diz respeito à proteção do *conteúdo essencial* dos direitos fundamentais. O termo sugere um núcleo inacessível ao legislador e insuscetível de ponderação, mas, na prática, é inviável operacioná-lo dessa forma, como uma garantia "absoluta". Isso faz com que boa parte da doutrina sustente uma "teoria relativa" dessa exigência, que se considera satisfeita com a justificação da restrição ao dierito fundamental por meio da aplicação da proporcionalidade. A associação entre os dois limites é um problema para ordenamentos onde a previsão expressa da garantia do conteúdo essencial sugere a construção de um conteúdo autônomo para ele. No Brasil, contudo, diante do silêncio da Constituição, essa questão não se coloca (salvo, na linha da chamada "teoria objetiva", como limite ao poder de reforma da Constituição, protegendo direitos, objetivamente considerados, "emendas tendentes a abolir" suas determinações – CRFB, art. 60, § 4º). De todo modo, parece útil empregar a categoria como indica Jane Reis Gonçalves Pereira (*Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, cit., pp. 379-382), *i.e.*, como instrumento argumentativo-retórico, para enfatizar que restrições extremas serão quase certamente inválidas (apoiando-se em ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., pp. 300-301), e como base para a ideia de que os direitos fundamentais "desfrutam de uma prioridade *prima facie* – e não incondicional – sobre as metas comuns" (podem ser limitados para satisfação de fins coletivos, mas assumem, diante deles, um peso mais elevado do que na poderação com outros direitos fundamentais). Sobre a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, v., dentre outros: SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais, cit., pp. 40-45; BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, cit., p. 139 e ss.; MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 213 e ss.; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, cit., pp. 282 e ss.

[1089] Sobre o tema, v., por todos: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, cit., p. 301 e ss.; SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria geral dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito constitucional*, cit., p. 332-333; MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 203 e ss.

(respectivamente: *reserva legal simples* e *reserva legal qualificada*)[1090]. Mas, nos casos em que isso não ocorra, aplica-se a *cláusula de reserva legal subsidiária* prevista no art. 5º, II, da Carta[1091] – até porque, se a reserva "é aplicável nas hipóteses em que a Constituição autoriza expressamente a edição de lei restritiva, seria ilógico entendê-la dispensável quanto às restrições não expressamente autorizadas pela Constituição"[1092].

Além disso, o Brasil está vinculado tanto ao Pacto Internacional como à Convenção Americana e ambos exigem que as limitações à liberdade religiosa estejam previstas ou prescritas em *lei*. No âmbito regional, o tema é desenvolvido pelo art. 30 da Convenção, que só admite que restrições sejam aplicadas "de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas". O alcance dessa disposição foi definido pela Corte Interamericana que, em uma opinião consultiva, destacou que o termo "lei" remete a uma "norma jurídica de caráter geral, vinculada ao bem comum, emanada dos órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos, e elaborada segundo o procedimento estabelecido pelas constituições dos Estados Partes para a formação das leis"[1093].

A situação parece um pouco diversa daquela observada na Europa. Nos ordenamentos internos, é comum que se admitam restrições com base em uma definição ampla de *direito*, a fim de alcançar, não só a lei formal, aprovada pelo Parlamento, mas também o *common law* e restrições autorizadas (mas não previstas diretamente) por lei ou impostas por normas secundárias com base em competência normativas delegadas ou regulatórias[1094]. Essa amplitude está de acordo com a orientação da Corte Europeia: como os textos da Convenção Europeia em inglês e francês, igualmente autênticos, sugeriam soluções diversas para essa questão (*prévues par la loi* e *in accordance with the law*), a Corte teve de adotar uma saída mais ampla a fim de reconciliá-los[1095],

---

[1090] Um exemplo de reserva legal simples pode ser encontrado no art. 5º, VII, da Constituição, que assegura, "nos termos da lei", asssistência religiosa nos estabelecimentos de internação coletiva. Já a reserva legal qualificada pode ser exemplificada com o disposto no art. 5º, XIII, que consagra a liberdade de exercício das profissões, "atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer". No primeiro caso, a Carta autoriza a limitação legislativa do direito sem condicionar explicitamente a atividade do legislador; no segundo, a Constituição já indica os fins legítimos que podem justificar a restrição do direito.

[1091] A expressão grifada foi extraída de MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos direitos fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 211.

[1092] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, cit., p. 306.

[1093] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.* Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

[1094] DOE, Normal. *Law and religion in Europe*, cit., pp. 59-60.

[1095] *The Sunday Times v. the United Kingdom* (no. 1), no. 6538/74, § 48, 26 April 1979.

o que fez na forma de um teste de *rule of law*[1096].

A orientação da Corte Interamericana também tem em conta a diversidade das ordens jurídicas internas dos países das Américas e não afasta, por natural, a qualificação do *common law* como *lei* para os efeitos do art. 30 do Pacto de San José[1097]. No entanto, ela é enfática ao vincular a legalidade à *legitimidade*, compreendida como observância tanto do procedimento *constitucional* adequado, como do *princípio democrático*. Dessa forma, "não é possível interpretar a expressão *leis*, utilizada no artigo 30, como sinônimo de qualquer norma jurídica", porque o contrário "equivaleria a admitir que os direitos fundamentais podem ser restringidos pela simples determinação do poder público", reconhecendo-se "uma virtualidade absoluta aos poderes dos governantes diante dos governados"[1098]. Ainda de acordo com a Corte, o requisito da *legalidade* "significa que as condições e circunstâncias gerais que autorizam uma restrição ao exercício de determinado direito humano devem estar claramente estabelecidas por lei", mais especificamente "uma lei em sentido formal e material"[1099]. Isso não quer dizer que a lei deva esgotar o tema[1100] ou, muito menos, impede o uso de delegações legislativas, que serão válidas se estiverem autorizadas pela Constituição, se exercerem nos termos previstos por ela e pela lei delegante, e se submeterem

---

[1096] Segundo a Corte, a Convenção "exige primeiro que a medida impugnada tenha alguma base no direito doméstico; ela também se refere à qualidade do direito em questão, demandando que seja acessível à pessoa envolvida, que deve, ainda, ser capaz de prever suas consequências para si, e compatível com o *rule of law*" (*Huvig v. France*, no. 11105/84, § 26, 14 April 1990).

[1097] De sua parte, em um caso mais antigo, de 1945, a Corte Suprema argentina "decidiu que existe uma violação à liberdade religiosa se a decisão de um tribunal inferior, reconhecendo que a lei não contém qualquer disposição sobre os nomes que se pode dar às pessoas, se baseia no costume para proibir que dê a uma criança um nome em idioma estrangeiro que não pertence ao santoral católico" (ARLETTAZ, Fernando. Libertad religiosa y objeción de conciencia en el derecho constitucional argentino. *Estudios Constitucionales*, v. 10, n. 1, pp. 339-372, 2012, p. 353).

[1098] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cit., §§ 26-27. O acórdão remete, aqui, à decisão em que a Corte Permanente de Justiça Internacional afirmou que "a regra de que uma lei é exigida para se restringirem as liberdades previstas na Constituição tem [...] como consequência que a própria lei deve definir as condições em que tais restrições das liberdades são impostas. Não fosse assim, *i.e.*, se uma lei pudesse simplesmente atribuir a um juiz o poder de privar alguém da sua liberdade, sem definir as circunstâncias em que esta pudesse ser limitada, restaria totalmente inútil a disposição [que prevê a reserva legal]" (PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE. *Consistency of certain Danzig legislative decrees with the Constitution of the Free City*, Advisory Opinion, 1935, Series A/B, No. 65, p. 56).

[1099] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencia de 6 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 184, § 176.

[1100] Foi o que afirmou a Corte Permanente de Justiça Internacional no precedente citado (embora não nesta parte) pela Corte Interamericana nesta mesma opinião consultiva. V. PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE, *Consistency of certain Danzig legislative decrees with the Constitution of the Free City*, cit., p. 56. Segundo a Corte Permanente, embora seja difícil traçar a fronteira entre leis suficiente ou insuficientemente cuidadosas neste particular, a delegação em branco seria, sem dúvida, inadmissível. Cuidava-se, no caso, de norma penal que permitia a persecução e punição não só de condutas tipificadas por expressa previsão legal, mas também daquelas que merecesem sanção segundo a "ideia fundamental de uma lei penal" e "o firme sentimento popular".

a controles eficazes para evitar seu desvirtuamento contra os direitos previstos na Convenção[1101].

O tema remete às diversas qualificações por que tem passado o *princípio da legalidade* nos últimos anos – e, neste ponto, a interpretação da Corte Interamericana se aproxima do que vêm apontando a doutrina dos Direitos Constitucional e Administrativo no Brasil[1102]. A proliferação de cláusulas gerais e a falta de clareza entre os espaços reservados à lei e aqueles abertos à atuação administrativa – melhor dizendo: a inviabilidade de proceder a uma separação rígida entre esses dois domínios – têm levado a uma matização da reserva de lei, inclusive no que se refere às restrições aos direitos fundamentais: em vez de exigir o esgotamento da matéria pelo legislador, impõe-se que este defina os aspectos essenciais, necessários ao exercício do direito, balizando a atuação da Administração. Isso não impede a atribuição de um espaço mais amplo de interpretação às autoridades administrativas – que assume, por via de consequência, um ônus argumentativo mais elevado[1103], à semelhança do que a lei hoje exige dos juízes.[1104] O que não se admite é que o exercício concreto dos direitos fique condicionado à vontade política de autoridades administrativas[1105].

[1101] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *La expresión "leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.*, cit., § 36.

[1102] As referências à "crise da lei" são comuns na doutrina. No Direito Constitucional, v., por todos: BARROSO, Luís Roberto. Regime jurídico da Petrobras, delegação legislativa e poder regulamentar: validade constitucional do procedimento licitatório simplificado instituído pelo Decreto nº 2.745/98. In: *Temas de Direito Constitucional*. t. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 305 e ss.; e CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2011, p. 47 e ss. No Direito Administrativo, v., *e.g.*, BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 94 e ss.; BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo:* direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 125 e ss.

[1103] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, cit., p. 338; MAGALHÃES PIRES, Thiago. Princípios e garantias fundamentais do processo civil. *Universitas Jus*, v. 25, n. 1, 2014, p. 110.

[1104] CPC, art. 489, §§ 1º e 2º: "§ 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; [...] § 2º. No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão".

[1105] Em ambos os casos, o controle judicial repressivo dos atos administrativos é bem mais limitado do que aquele empregado em hipóteses de vinculação legal mais intensa. Mas nem por isso as duas situações se confundem. O juízo político encontra limites na ordem jurídica de um Estado democrático de Direito, mas se situa materialmente em um espaço de *indiferença* jurídica (*e.g.*, a escolha entre construir uma escola ou ampliar as que já existem, via de regra, será uma opção política das autoridades competentes, em relação à qual o direito pouco terá a dizer, salvo quanto a questões de forma e procedimento e, no limite, ao respeito à razoabilidade e à proporcionalidade). Não é isso o que ocorre quando da aplicação de cláusulas gerais e em todas as hipóteses em que as provas e o texto jurídico se abrem a múltiplas interpretações – aqui, não se pode dizer que o direito é indiferente (porque ele regula o tema), mas sim que há uma *indeterminação* jurídica, já que existem diversas leituras possíveis do contexto fático e dos dispositivos pertinentes. Quando se diz que a lei deve regular os aspectos essenciais das limitações aos direitos, a ideia é que, embora a indeterminação seja inevitável, é preciso cuidado para que ela não se traduza em indiferença. Em outras palavras: a zona cinzenta de incerteza não pode alcançar parte substancial da aplicação da lei, a ponto de a fruição do direito depender da vontade ou do interesse da Administração; a lei deve oferecer suficiente previsibilidade para nortear a conduta administrativa e permitir seu controle por quem de direito. Sobre a diferença entre discricionariedade e interpretação

A preocupação dos tratados e dos órgãos internacionais e supranacionais está menos relacionada com o controle da atuação interna das autoridades nacionais do que com o respeito aos valores maiores da democracia – pela remissão direta ou indireta, pelo ato de restrição, a uma lei que o autorize – e do *rule of law* em sentido formal[1106]. Embora o segundo ponto costume passar despercebido, é preciso que as limitações a direitos fundamentais se baseiem em *normas gerais e abstratas, públicas e acessíveis*, além de suficientemente *claras e precisas* para que possam permitir às pessoas a adequada compreensão das consequências de suas condutas. Em síntese, as normas pertinentes devem ser tais que evitem a restrição arbitrária de direitos fundamentais[1107] e, quando estabeleçam maior espaço para o intérprete, delimitem formal e materialmente seu exercício, além de preverem procedimentos adequados para controlá-lo[1108].

5.4.5.2.2 Finalidade legítima

Se a medida restritiva tiver fundamento legal, pode-se passar ao próximo teste: é preciso que ela procure promover uma finalidade legítima. Nos termos dos Pactos Internacional e de San José, são fins legítimos, para a limitação da liberdade religiosa, a proteção da segurança, da ordem, da saúde e da moral públicas, e de direitos de terceiros[1109]. Recai sobre o Estado o ônus de

(especialmente de termos jurídicos indeterminados), v. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*, cit., p. 340; GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., pp. 200 e ss., e 224 e ss.

[1106] As concepções *formais* do *rule of law* não se ocupam propriamente do conteúdo da lei, mas da forma que ela deve ter, impondo requisitos como generalidade, abstração, publicidade, clareza e caráter prospectivo (TAMANAHA, Brian. *On the rule of law:* history, politics, theory. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, p. 91 e ss.). Essas preocupações se associam à promoção do papel do direito como um conjunto de normas capaz de efetivamente presidir a conduta humana e, por isso, exigem que ele permita aos seus destinatários a identificação do que lhes é exigido. Nessa linha, entre as muitas contribuições importantes, v. FULLER, Lon L. *The morality of law*. rev. ed. New Haven: Yale University Press, 1969, p. 33 e ss.; RAZ, Joseph. *The authority of law*, cit., p. 210 e ss.; e BINGHAM, Tom. *The rule of law*. London: Penguin, 2011.

[1107] Como decidiu o Tribunal Constitucional da Turquia: General Assembly, *Application No. 2014/256*, 25 June 2014, Applicant Tuğba Arslan, Rapporteur Yunus Heper, § 89. Disponível em: <http://www.constitutionalcourt.gov.tr/inlinepages/leadingjudgements/IndividualApplication/judgment/2014-256.pdf>. Acesso em: 4 set. 2016.

[1108] Nas palavras da Corte Europeia de Direitos Humanos, "o direito deve indicar com suficiente clareza o escopo de qualquer discricionariedade conferida às autoridades competentes e a forma do seu exercício", sendo que, no caso, segundo a Corte, "a lei pertinente não estabelece quaisquer critérios substantivos" para a atuação dos órgãos competentes, não havendo, ainda, "garantias processuais, como procedimentos adversariais diante de um órgão independente, contra o exercício arbitrário da discricionariedade atribuída ao Executivo" (*Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, §§ 84-85, 26 October 2000).

[1109] Na Constituinte de 1987-1988, o Anteprojeto do Relator na Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais garantia "a prática de culto religioso que não fira a dignidade da pessoa humana e não contrarie a moral e os bons costumes". A Submissão adotou, porém, a expressão "a prática de culto e a manifestação de crença religiosa que não contrarie a moral e os bons costumes". O texto foi inteiramente modificado na Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, que preferiu a locução "profissão de culto". Na Comissão de Sistematização, passou-se a falar em "liberdade de consciência e de crença, assegurado o livre exercício dos cultos

demonstrar que a medida se destina a concretizar esses objetivos[1110]. Convém lembrar, ainda, que não se admite a invocação de outros fins para restringir a liberdade de culto, nos termos dos diplomas internacionais. Dessa forma, ainda que determinada finalidade seja prezada pela Constituição brasileira, se ela não puder se enquadrar nas hipóteses acima, não será lícita a restrição promovida, porque, ainda que constitucional, ela será incompatível com os tratados de direitos humanos em vigor no Brasil. Essa situação, contudo, tende a ser rara, já que os termos empregados pelos Pactos são tão abrangentes e elásticos que dificilmente algum outro fim governamental legítimo restará excluído.

Sem prejuízo disso, vale sublinhar que os diplomas internacionais não preveem a restrição da liberdade religiosa como forma de promover direitos ou interesses *do próprio sujeito*. E, diante do que se expôs acima, nem poderiam fazê-lo, sob pena de afrontar seu direito à autodeterminação pessoal. Não se pode, portanto, interpretar, seja a Constituição, seja a lei ou um tratado, de forma a autorizar o Estado a restringir a liberdade religiosa de alguém no seu próprio interesse[1111]. Por

religiosos que não contrariem a ordem pública e os bons costumes". A restrição final relativa à ordem pública e aos bons costumes desapareceu no Plenário. V. BRASIL. Câmara dos Deputados. *A construção do artigo 5º da Constituição de 1988*. Brasília: Edições Câmara, 2013, pp. 51-54.

[1110] Não basta a simples alegação de um fim legítimo; é preciso que se demonstre que o exercício da liberdade religiosa efetivamente o prejudicaria. Contrariando essa exigência, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro negou o pleito de uma pessoa que, por motivos religiosos, queria mudar o número da placa de seu carro ("3666"). O acórdão acolheu a defesa da Administração de que a numeração em tela era escolhida aleatoriamente por um sistema informatizado a que todos se submetiam, de modo que a procedência do pedido geraria uma afronta ao princípio da isonomia (TJRJ, *DJ* 15 fev. 2013, Apelação 0011331-58.2011.8.19.0011, Rel. Des. Sidney Hartung). Há, pelo menos, dois problemas com essa argumentação. O primeiro deles é simples: se a definição do número da placa é tão irrelevante para a Administração que ela é feita de forma *aleatória*, como conceber que haja razões suficientemente fortes para mantê-la mesmo contra um direito fundamental? Em segundo lugar – e é este o ponto que se queria destacar –, o caso não demonstra qualquer afronta real à isonomia, porque não se podem considerar idênticas as situações de quem simplesmente preferiria outra numeração e de quem extrai de sua crença a vedação a uma combinação específica. Não se equiparam as meras preferências ao exercício de um direito fundamental. Dessa forma, do fato de as pessoas em geral não poderem escolher livremente a numeração das suas placas não decorre que um cidadão em particular, invocando uma liberdade constitucional, esteja impedido de fazê-lo.

[1111] V. McCONNELL, Michael W.; POSNER, Richard A. An economic approach to issues of religious freedom, cit., pp. 48-49. Nessa linha, não se pode concordar com a decisão do Conselho de Estado francês que se negou a garantir a uma testemunha de Jeová o direito de não receber transfusão de sangue no hospital onde se encontrava. O Conselho confirmou decisão liminar que, embora tenha afirmado o referido direito, registrara que não se aplicaria "caso a interessada viesse a se encontrar em uma situação extrema envolvendo risco de vida". A isso o Conselho de Estado apenas acrescentou que "cabe, primeiramente, aos médicos do centro hospitalar, de uma parte, empregarem todos os esforços para convencer a paciente a aceitar o tratamento necesário, e de outra parte, se assegurarem de que o recurso à transfusão seja um ato indispensável à sobrevivência da interessada e proporcional a seu estado" (C.E., Ord., 16 août 2002, Mme. Z..., nº 249552). A mesma crítica cabe ao acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que não apenas limitou o direito de recusa de tratamento às hipóteses de ausência de risco de vida para o paciente, como declarou ser desnecessário buscar a tutela jurisdicional nesses casos – ou seja: o médico e o hospital seriam livres para passar por cima da convicção do paciente (TJRS, j. 22 ago. 2007, Apelação Cível 70020868162, Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack). Igualmente criticável foi a decisão do Procurador-Geral da República de arquivar representação apresentada por entidade das testemunhas de Jeová contra portaria que autorizava os médicos a promoverem a transfusão de sangue contra a vontade dos pacientes, fossem eles capazes ou não. Embora tenha apontado que a matéria seria insuscetível de discussão por via de ação direta, o Procurador-Geral avançou sobre o mérito para afirmar ser válida a submissão das testemunhas de Jeová, inclusive capazes, a um tratamento médico contrário às suas convicções (PGR, Promoção de

natural, isso se aplica a pessoas capazes; menores e demais incapazes suscitam outras questões.

É preciso cuidado, contudo, com as expressões utilizadas pelos diplomas. Segundo o Comitê de Direitos Humanos da ONU, tal como empregado no Pacto Internacional, "o conceito de moral deriva de várias tradições sociais, filosóficas e religiosas", de forma que "restrições à liberdade de manifestação da religião ou da crença com o propósito de proteger a moral devem ser baseadas em princípios que não derivem exclusivamente de uma única tradição"[1112]. A *moral pública*, portanto, não pode remeter a uma doutrina ética específica. Além disso, "quaisquer dessas limitações devem ser compreendidas à luz da universalidade dos direitos humanos e do princípio da não-discriminação"[1113]. A Corte Europeia já considerou razoável a invocação da moral pública em casos envolvendo obscenidade[1114] e a proteção da potencialidade de vida de embriões humanos[1115], tendo rejeitado sua alegação como fundamento para impedir a realização de uma Parada do Orgulho Gay[1116].

No sistema interamericano, assume relevância o art. 32 da Convenção que, ao tratar da *correlação entre deveres e direitos*, dispõe: "Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática". O tema foi examinado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos seguintes termos[1117]:

> É possível entender o bem comum, no contexto da Convenção, como um conceito referente às condições da vida social que permitem aos integrantes da sociedade alcançar o maior grau de desenvolvimento pessoal e a maior vigência dos valores democráticos. Nesse sentido, pode-se considerar como um imperativo do bem comum a organização da vida social de modo que se fortaleça o funcionamento das instituições democráticas e se preserve e promova a plena realização dos direitos da pessoa humana [...]. Não escapa à Corte, contudo, a dificuldade de precisar de modo unívoco os conceitos de "ordem pública" e "bem comum", nem que ambos os conceitos podem ser usados tanto para afirmar os direitos da pessoa diante do poder público,

---

Arquivamento nº 27/2015 PGR-RJMB, Processo Administrativo nº 1.00.000.014875/2009-80, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros). Sobre o tema, com diversos argumentos que contrariam essa postura, confira-se BARROSO, Luís Roberto. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová, cit. No âmbito do próprio TJRS, há, pelo menos, um acórdão no sentido ora defendido, posterior ao mencionado acima: TJRS, j. 11 mar. 2010, Agravo de Instrumento 70032799041, Rel. Des. Cláudio Baldino Maciel).

[1112] UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *General comment no. 22*, cit., § 8.

[1113] *Id.*, *General comment no. 34:* Article 19 (Freedoms of opinion and expression), CCPR/C/GC/34 12 September 2011, § 32. Disponível em: <https://goo.gl/dTf4uu>. Acesso em: 4 set. 2016. Essa passagem se segue imediatamente à transcrição, também feita acima, do *General comment* relativo à liberdade religiosa (nº 22).

[1114] *Müller and Others v. Switzerland*, no. 10737/84, §§ 30 and 39, 24 May 1988.

[1115] *Parrillo v. Italy* [GC], no. 46470/11, § 167, 27 August 2015.

[1116] *Alekseyev v. Russia*, nos. 4916/07, 25924/08 and 14599/09, § 66 e ss., 21 October 2010.

[1117] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).* Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5, §§ 66-67.

> como para justificar limitações a esses direitos em nome de interesses coletivos. Quanto a isso, deve-se sublinhar que de nenhuma maneira se poderia invocar a "ordem pública" ou o "bem comum" como meios para suprimir um direito garantido pela Convenção ou para desnaturá-lo ou privá-lo de seu conteúdo real [...]. *Esses conceitos, quando invocados como fundamento de limitações aos direitos humanos, devem ser objeto de uma interpretação que se atenha estritamente às "justas exigências" de uma "sociedade democrática" que leve em conta o equilíbrio entre os diferentes interesses em jogo e a necessidade de preservar o objeto e o fim da Convenção*.

Prevista explicitamente em relação a alguns direitos, a exigência de que a medida seja *necessária em uma sociedade democrática* foi incorporada, pela Corte, como pauta geral de interpretação, qualificando todas as restrições a direitos previstos na Convenção[1118]. Além de remeter à proporcionalidade da medida (v. *infra*), a referência à sua necessidade, que não se confunde com a sua indispensabilidade, impõe que a medida restritiva se dirija à satisfação de uma "necessidade social imperiosa", *i.e.*, "um interesse público imperativo"[1119]. A referência ao equilíbrio entre os interesses corresponde à ideia de que uma sociedade democrática é aquela "onde, para a prevalência do bem comum e dos direitos coletivos, devem existir medidas proporcionais que garantam os direitos individuais"[1120].

Linha semelhante é observada pela Corte Europeia[1121], diante de previsão semelhante na sua Convenção, inclusive no dispositivo que versa sobre a liberdade religiosa. A expressão "sociedade democrática" é tomada pela Corte levando em conta "as exigências do pluralismo, da tolerância e do espírito de abertura sem o qual não há uma 'sociedade democrática'"[1122]. Além disso, aponta-se que o regime democrático "não significa simplesmente que as opiniões de uma maioria devam sempre prevalecer: deve-se encontrar um equilíbrio que garanta o tratamento justo e adequado de pessoas de minorias e evite o abuso de uma posição dominante"; bem como que a democracia e o pluralismo "devem se basear no diálogo e em um espírito de compromisso que envolve necessariamente várias concessões da parte de pessoas e grupos de

---

[1118] *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, cit., § 185; *Yatama vs. Nicaragua*. Sentencia de 23 de Junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, No. 127, § 206.

[1119] *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, cit., § 186.

[1120] *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. Sentencia de 6 de mayo de 2008 (Excepción Preliminar y Fondo). Seri C, No. 169, § 60.

[1121] CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Janowski v. Poland* [GC], no. 25716/94, § 30, 21 January 1999, identificando como "necessária" a medida que se dirija à satisfação de uma "necessidade social relevante" (*pressing social need*). Na mesma linha, v. *Cumpănă and Mazăre v. Romania*, no. 33348/96, § 88, 17 December 2004, entre outros. Além disso, a Corte destacou que a palavra "necessária", embora não se confunda com "indispensável", tampouco deve ser assimilada a termos como "admissível", "ordinária", "útil", "razoável" ou "desejável" (*The Sunday Times v. the United Kingdom* (no. 1), no. 6538/74, § 59, 26 April 1979).

[1122] *Rekvényi v. Hungary*, no. 25390/94, § 42, 20 May 1999.

indivíduos"[1123].

No mesmo sentido é a jurisprudência do Comitê de Direitos Humanos da ONU que, tratando da liberdade de associação – relevante, *e.g.*, em matéria de organização religiosa –, apontou que "a existência e a operação de uma pluralidade de associações, inclusive daquelas que pacificamente promovam ideias que não são recebidas favoravelmente pelo governo ou pela maioria da população, é uma das fundações de uma sociedade democrática"[1124]. A mesma ideia de pluralismo é enfatizada em casos envolvendo a liberdade de expressão[1125].

O que se extrai de tudo isso é que, qualquer que seja o fundamento utilizado para que se promova uma restrição à liberdade religiosa, ele deve remeter a razões aceitáveis em uma sociedade plural. Isso remete, de um lado, à inerente capacidade de inovação do ser humano e, assim, a sua dignidade e seu valor intrínseco como sujeito autônomo, apto a definir para si uma concepção de vida boa; e, de outro, à reciprocidade que, por sua vez, rejeita a imposição de valores sectários e conduz ao igual respeito que a coletividade deve demonstrar por todos os projetos de vida razoáveis. Por interferirem com direitos fundamentais, quaisquer medidas restritivas só serão legítimas se respeitarem a dignidade das pessoas, baseando-se em razões imparciais e equidistantes. Dito de outra forma, somente razões públicas são admissíveis para justificar restrições a direitos fundamentais e, particularmente, à liberdade religiosa.

5.4.5.2.3 Proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é um dos mais consagrados limites às restrições de direitos fundamentais no Brasil[1126]. Em síntese, ele impõe três exigências sucessivas para a validade de atos restritivos: **(i)** *adequação* – a medida deve ser apta, em tese, a promover a finalidade relevante que

---

[1123] *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, § 108, 10 November 2005.

[1124] Communication No. 1119/2002, *Jeong-Eun Lee v. Korea*, Views adopted on 20 July 2005, § 7.2. No mesmo sentido, v. *Korneenko* et al. *v. Belarus*, Communication No. 1274/2004, Views adopted on 31 October 2006, § 7.3; Communication No. 1296/2004, *Aleksander Belyatsky* et al. *v. Belarus*, Views adopted on 24 July 2007, § 7.3.

[1125] Communication No. 1039/2001, *Zvozskov* et al. *v. Belarus*, Views adopted on 17 October 2006, § 7.2.

[1126] Sobre o tema, com variações, v. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo*, cit., p. 277 e ss.; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, cit., p. 324-358; CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo da; GRAU, Eros Roberto (Orgs.). *Estudos de direito constitucional:* em homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 238 e ss.; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 152-161; SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, pp. 23-50, 2002; HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, cit., pp. 255-256.

a justificou[1127]; **(ii)** *necessidade* – não pode haver medida menos restritiva aos direitos envolvidos e igualmente (ou mais) eficaz na promoção da finalidade que a motivou[1128]; e **(iii)** *proporcionalidade em sentido estrito* – a promoção dos fins pertinentes naquela medida deve ser relevante a ponto de justificar o grau de restrição ao direito em tela[1129]. Em linhas gerais, essas ideias foram incorporadas à jurisprudência dos órgãos de direitos humanos[1130]. A proporcionalidade se aplica em todos os casos, seja de formulação, seja de aplicação de uma lei restritiva[1131].

Um exemplo simples e frequente no Brasil envolve o controle da emissão de ruídos por atos e templos religiosos. Não há dúvida de que a tutela do sossego de terceiros e até da saúde pública é um fim legítimo que justifica a edição de leis para limitar o uso de aparelhos de som

---

[1127] Como explica SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, cit., pp. 36-37: "Adequado [...] não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada. [...] Dessa forma, uma medida somente pode ser considerada inadequada se sua utilização não contribuir em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido".

[1128] *Ibid*., p. 38: "Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. [...] A diferença entre o exame da necessidade e o da adequação é clara: o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto que o da adequação é um exame absoluto". Curiosamente, a Suprema Corte dos EUA rejeitou o critério da necessidade imposto por lei federal sobre os Estados em matéria de liberdade religiosa. Segundo o Juiz Kennedy, que redigiu o acórdão, seria um ônus processual desproporcional exigir que os Estados provassem que o meio adotado seria o menos restritivo à liberdade religiosa (*City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507, at 534-535 (1997)). Ao que consta, porém, a principal queixa da Corte foi com a tentativa do Congresso de promover a correção legislativa da decisão tomada por ela em *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990) V. NUSSBAUM, Martha. *Liberty of conscience*, cit., p. 158.

[1129] *Ibid*., pp. 40-41: "o exame da proporcionalidade em sentido estrito [...] consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva. [...] Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não-realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de algum direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido".

[1130] Como afirmou a Corte Interamericana, que fez explícita referência à Europeia: "A 'necessidade' e, portanto, a legalidade das restrições à liberdade de expressão [...] dependerá de que estejam orientadas a satisfazer um interesse público imperativo. Entre várias opções para alcançar esse objetivo deve-se escolher aquela que restrinja em menor escala o direito protegido. Dado esse parâmetro, não é suficiente que se demonstre, por exemplo, que a lei cumpre um propósito útil ou oportuno; para que sejam compatíveis com a Convenção as restrições devem se justificar com base em objetivos coletivos que, por sua importância, preponderem claramente sobre a necessidade social do pleno gozo do direito [...] e não limitem mais do que o estritamente necessário o direito [...]. Isto é: a restrição deve ser proporcional ao interesse que a justifica e se ajustar à consecução desse objetivo legítimo" (*La colegiación obligatoria de periodistas*, cit., § 46). Em linha semelhante, v. UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *Aleksander Belyatsky* et al. *v. Belarus*, Communication No. 1296/2004, Views adopted on 24 July 2007, § 7.3: "A mera existência de justificativas razoáveis e objetivas para limitar o direito à liberdade de associação não é suficiente. O Estado Parte precisa demonstrar, além disso, que a proibição de uma associação é necessária para evitar um risco real e não apenas hipotético à segurança nacional ou à ordem democrática, e que medidas menos intrusivas seriam insuficientes para atingir o mesmo fim".

[1131] GRIMM, Dieter. Conflicts between general laws and religious norms, cit., p. 2375.

e instrumentos musicais. Esse objetivo é plenamente atendido, *e.g.*, pelo tratamento acústico do templo ou pela limitação das emissões aos limites tolerados, de modo que a interdição total da prática do culto se mostra excessivamente restritiva, parando no teste da necessidade[1132]. As outras medidas, por sua vez, promovem o fim em tela com uma restrição mínima da liberdade religiosa – já que, em geral, não se invoca uma norma divina acerca dos decibéis em que é feita a pregação[1133].

Como regra, a avaliação desses pontos parte de bases semelhantes: devem-se sopesar, de um lado, a importância da observância da norma religiosa para o fiel e a perda em liberdade religiosa que ele teria com a restrição envolvida; e, de outro, a relevância do bem promovido pela limitação da conduta privada e o perigo a que este se exporia se a liberdade religiosa prevalecesse[1134]. Em todos os casos, porém, é preciso cuidar de evitar dois erros relativamente comuns em análises deste tipo.

O *primeiro* deles é a tentação de aderir ao conforto das convicções que predominam na sociedade. As pessoas tendem a naturalizar o comum e a desconfiar do diferente[1135]. Além disso, como a liberdade religiosa se vincula à consciência individual, não se pode simplesmente substituir a avaliação do próprio interessado pela de terceiros na definição do que é mais ou menos relevante, na sua vida, em termos de restrição à liberdade. Assim, a autocompreensão sincera do cidadão é um dos principais elementos a serem considerados na hora de identificar o peso da limitação à sua liberdade.

O *segundo* erro consiste em comparar os interesses em choque situando-os em níveis diferentes de generalidade. Deve-se ponderar o impacto *marginal* da medida restritiva sobre a liberdade religiosa com o impacto *marginal* que seu afastamento geraria nos fins estatais – *i.e.*,

---

[1132] TJRJ, *DJ* 7 abr. 2003, Agravo de Instrumento nº 0028834-77.2001.8.19.0000, Rel. Des. João N. Spyrides: "Agravo de Instrumento. Culto religioso. Ilegalidade da decisão que ordena a paralisação de 'qualquer culto', ou 'atividade assemelhada sobre pena de multa diária de 10.000 reais'. Ofensa à garantia constitucional de liberdade religiosa. Provimento do recurso".

[1133] Para alguns casos envolvendo a emissão de ruídos por atos religiosos, v. TJRJ, *DJ* 18 dez. 2009, Apelação nº 0007712-43.2008.8.19.0006 (2009.227.03633), Rel. Des. Elton Leme; TJRJ, *DJ* 26 ago. 2011, Agravo Interno na Apelação Cível nº 0038065-14.2004.8.19.0004, Rel. Des. Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto; TJRJ, *DJ* 26 set. 2014, Agravo Interno na Apelação Cível nº 0221325-98.2007.8.19.0001, Rel. Des. Cherubin Helcias Schwartz; TJSP, *DJ* 15 abr. 2015, Apelação nº 4024121-80.2013.8.26.0224, Rel. Des. Kioitsi Chicuta.

[1134] GRIMM, Dieter. Conflicts between general laws and religious norms, cit., p. 2378.

[1135] Um exemplo ajuda a demonstrar o ponto: em um país como o Brasil, que nasceu vinculado à Igreja Católica, o sigilo do sacramento da confissão não suscita dúvidas relevantes – nos termos do art. 207 do Código de Processo Penal, são "proibidas de depor" como testemunhas as pessoas que, em razão de "ministério", precisem "guardar segredo". No entanto, nos EUA, com maioria protestante, a questão foi levantada em processo criminal envolvendo um padre católico: o Ministério Público alegou que a recusa do sacerdote em depor violaria a igualdade perante a lei, mas a *Court of General Sessions* de Nova York, em um acórdão unânime, da lavra do Prefeito DeWitt Clinton, inverteu a lógica da promotoria para destacar a necessidade de inclusão dos católicos por meio do respeito a sua liberdade de culto. V. NUSSBAUM, Martha. *Liberty of conscience*, cit., pp. 126-129.

o ganho/a perda concreta em liberdade contra a perda/o ganho concreto na promoção dos objetivos pertinentes[1136]. Embora essa avaliação seja sempre casuística[1137], para os fins da aferição da proporcionalidade em sentido estrito, parece possível e conveniente definir parâmetros para orientar a atribuição de peso relativo à liberdade religiosa e aos interesses invocados pelo Estado para restringi-la.

1. Obrigações, permissões e recomendações

Uma das principais dificuldades nesta matéria é o conflito que se apresenta ao fiel, impondo-lhe o cumprimento simultâneo de duas condutas incompatíveis entre si: para atender à exigência religiosa, ele precisa violar uma norma jurídica, seja praticando algo que a lei vede, seja se abstendo de algo que ela determine.

Isso é assim quando há uma relação de *contrariedade* entre as normas – *i.e.*, nas situações em que um comando religioso e uma norma jurídica válida fixam *obrigações* opostas (*i.e.*, um *dever* positivo e uma *proibição*)[1138]. Como as normas religiosas e o direito estatal não integram o mesmo ordenamento, o problema não se apresenta no plano objetivo (*i.e.*, da coerência interna de um sistema), mas no campo *subjetivo*: o conflito só existe em razão da *liberdade religiosa* da parte privada, que coloca o Estado, do outro lado da relação jurídica, na posição de decidir entre negar aplicação a seu próprio direito (em potencial violação aos princípios do *rule of law*) e ocupar o espaço de autodeterminação conferido *prima facie* pela liberdade religiosa. Nesses casos, o peso da liberdade religiosa será particularmente elevado

---

[1136] McCONNELL, Michael W.; POSNER, Richard A. An economic approach to issues of religious freedom, cit., p. 53-54. Os autores exemplificam seu ponto de vista criticando a decisão da Suprema Corte dos EUA em *United States v. Lee*, 455 U.S. 252 (1982). No caso, discutiu-se a constitucionalidade da incidência de contribuições para a seguridade social sobre os Amish. A Corte reconheceu o conflito entre a norma impositiva e o exercício da liberdade religiosa pelos referidos contribuintes, mas confirmou a validade da incidência do tributo. Embora houvesse diversas hipóteses de isenção previstas – inclusive para Amish empregados autônomos – e o grupo em tela fosse muito pouco expressivo, a Suprema Corte contrapôs à sua pretensão, não os custos que esse não-recolhimento geraria, mas o risco que um modelo de "adesão voluntária geral" poderia gerar para o "amplo interesse público na manutenção de um sólido sistema tributário". Isto é: comparou-se o impacto sobre um grupo com a solidez de todo o sistema, quando seguramente não era isso o que estava em jogo. Essa interpretação foi objeto de expressa correção legislativa: com a edição do *Religios Freedom Restoration Act* (1993), em resposta a *Employment Division v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990), o Congresso dos EUA passou a exigir que só se aplicassem restrições à liberdade religiosa de uma pessoa se demonstrado que a criação de uma exceção *para ela* prejudicaria a efetividade do programa legislativo (42 U.S.C. § 2000bb-1(b)).

[1137] A importância dessa afirmação não pode ser subestimada – o que se compara não são os valores em si, *abstratamente* considerados, mas os graus em que são restringidos/promovidos em uma situação *concreta*. V. SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the incommensurable: constitutional principles, balancing, and rational decision. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 32, pp. 273-301, 2011, pp. 288-289.

[1138] BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999, p. 85.

porque não observar a conduta prescrita é viver em contrariedade à própria crença – uma negação da liberdade de culto.

Esse dilema não se colocará da mesma forma, porém, quando uma das proposições envolvidas, religiosa ou jurídica, tiver caráter meramente *permissivo* ou *recomendado*. No primeiro caso, o que há é uma faculdade, que envolve, por definição, uma indiferença quanto à conduta praticada: uma norma permissiva não é violada nem por quem pratica o comportamento permitido, nem por quem deixa de praticá-lo[1139]. Dessa forma, ao atender ao comando religioso (ou estatal), o fiel não afrontará a permissão prevista pelo direito (ou pela religião). Na segunda hipótese, das recomendações, não há sequer norma, mas mero conselho, exortação ou instância, ainda que enfaticamente enunciada[1140] – também aqui, portanto, não há um conflito efetivo.

O uso dessa linguagem mais analítica não deve levar o intérprete a imaginar que as soluções para esses casos sejam definitivas ou óbvias. A complexidade reside na palavra *válida*, atrelada, linhas acima, à norma jurídica que postula a obediência do fiel. Isso porque, como se viu, a autodeterminação pessoal, que corresponde à expressão mais imediata da dignidade humana na ordem constitucional, não tolera restrições arbitrárias ou caprichosas. Se é verdade, por um lado, que ninguém pode invocá-la para se eximir de todo e qualquer dever imposto pela ordem jurídica, é igualmente correto, por outro, que o direito não é livre para estabelecer qualquer tipo de limitação à autodeterminação pessoal. Ou seja: em qualquer caso, é preciso verificar de plano se a restrição se ampara em lei, se está voltada a um fim legítimo e, particularmente, se atende às três exigências da proporcionalidade.

A norma jurídica – pelo simples fato de ser o que é – exclui dos seus destinatários uma avaliação sobre a conveniência e a oportunidade do comportamento a ser praticado[1141]. A preferência ou o gosto pessoal não são suficientes para afastar sua incidência. Mas o desejo de

---

[1139] Esse ponto foi observado em acórdão da *U.S. Court of Appeal for the 7th Circuit*, relatado pelo *Circuit Judge* Posner. Por razões de segurança, os alunos que disputavam os jogos intercolegiais eram proibidos de jogar basquete com chapéus e assemelhados, que poderiam cair na quadra, fazendo com que outros escorregassem. Embora essa restrição pouco perturbasse a grande maior parte dos estudantes, os judeus ortodoxos se viam impedidos de praticar o esporte, porque seus *kippot*, mesmo presos com grampos, correriam o risco de cair. Decidiu-se que caberia aos religiosos encontrarem uma forma de cobrir suas cabeças de forma segura, satisfazendo a finalidade estatal e a regra religiosa. Isto é: como a exigência religiosa não era no sentido de usar o *kippah* em particular, mas de cobrir a cabeça, não haveria necessariamente um conflito com a norma estatal. V. *Menora v. Illinois High School Ass'n*, 683 F.2d 1030 (7th Cir 1982).

[1140] As proposições *prescritivas* – aquelas que pretendem modificar o comportamento alheio – podem ser *comandos* (que se traduzem em *deveres* para seus destinatários), *conselhos e exortações* (não são obrigatórios e se expressam no interesse do destinatário – *e.g.*, "pare de fumar" –, variando conforme apelem a razões ou emoções) ou *instâncias* (também são são obrigatórias, mas se expressam no interesse de quem as formula – *e.g.*, as súplicas e requerimentos). V. BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. rev. Tradução de Fernano Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2003, pp. 95-104.

[1141] RAZ, Joseph. *The authority of law*, cit., p. 28 e ss.

se aperfeiçoar como pessoa, que inclui o desenvolvimento máximo, por cada um, da sua responsabilidade ética, é um valor reconhecido pelo direito e, por isso, não se equipara à simples preferência. Dessa forma, ainda que do outro lado haja apenas uma faculdade ou uma recomendação religiosa, é preciso que o Estado demonstre ter um interesse legítimo que seja promovido pela restrição a essa liberdade, bem como que o grau de limitação imposto a ela seja justificado pela extensão da promoção daquele interesse. Dessa forma, o fato de o comportamento previsto na norma religiosa ser facultativo não significa necessariamente que o direito positivo sempre prevalecerá contra ela; se este não se dirigir a um fim legítimo ou este não for suficiente relevante para autorizar a restrição no caso, a autodeterminação é que deve predominar[1142].

Essa situação é bem ilustrada por um caso relacionado à identidade cultural e religiosa. Uma jovem de família indiana teve reconhecido pelo Tribunal Constitucional da África do Sul seu direito de usar um *piercing* no nariz – característico de sua cultura –, contrariando o código de conduta de sua escola, que vedava o referido adereço. Embora reconhecesse que a disciplina e a uniformidade entre os alunos eram fins legítimos a serem perseguidos, não se teria demonstrado qualquer prejuízo efetivo que decorreria da abertura de uma exceção em favor da menina. Já a proibição do uso de uma marca culturalmente relevante passaria a mensagem de que ela, sua religião e sua cultura não seriam bem-vindas. Especificamente quanto ao caráter facultativo do uso do *piercing*, destacou o *Chief Justice* Langa, que redigiu o acórdão[1143]:

> há mais na proteção das práticas religiosas e culturais do que salvar os crentes de escolhas difíceis. [...] práticas religiosas e culturais são protegidas porque são centrais para a identidade humana e, assim, para a dignidade humana que, por sua vez, é central à igualdade. Seriam as práticas voluntárias aspectos menos importantes da identidade de uma pessoa ou afetariam elas a dignidade humana de forma menos séria apenas por não serem compulsórias?
> [...] Um elemento necessário da liberdade e da dignidade de qualquer indivíduo é o "direito [entitlement] ao respeito pelo conjunto único de fins que o indivíduo persegue". Um desses fins corresponde às práticas religiosas e culturais voluntárias de que participamos. Que escolhamos voluntariamente em lugar de o fazermos por um sentimento de obrigação apenas reforça o significado de uma prática para nossa autonomia, nossa identidade e nossa dignidade.
> A proteção de práticas voluntárias, assim como das obrigatórias, também está de acordo com o compromisso da Constituição quanto à afirmação da diversidade. É um compromisso que está inteiramente de acordo com a decisiva ruptura desta nação com sua história de intolerância e exclusão. Diferenciar entre práticas compulsórias e voluntárias não celebra ou afirma a diversidade, mas apenas a permite. Isso fica aquém do nosso projeto constitucional, que não

[1142] Em *Syndicat Northcrest v. Amselem*, [2004] 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47, a Suprema Corte do Canadá não apenas ressaltou que a tutela constitucional não se limita a atos "obrigatórios" – em suas palavras, "é a essência religiosa ou espiritural de uma conduta, e não a natureza compulsória ou vista-como-compulsória da sua observância, que atrai a proteção" –, mas também que limitações mínimas a interesses de terceiros, decorrentes do exercício da liberdade religiosa, não justificam a sua restrição.

[1143] *MEC for Education: Kwazulu-Natal and Others v. Pillay* (CTC 51/26) [2007] ZACC 21; 2008 (1) AS 474 (CC); 2008 (2) BCLR 99 (CC), §§ 62 e 64-66.

> apenas afirma a diversidade, como a promove e celebra. Não podemos celebrar a diversidade permitindo-a apenas quando não exista qualquer outra opção.
> A proteção de práticas voluntárias se aplica igualmente à cultura e à religião. De fato, parece-me que pode ser até mais importante proteger práticas culturais não-obrigatórias. As culturas, diferentemente das religiões, não se baseiam necessariamente em preceitos de fé, mas em um conjunto de práticas, ideias ou modos de ser. Mesmo que algumas culturas tenham regras obrigatórias que funcionem como condições para a integração à cultura, muitas delas, diversamente de muitas religiões, não têm um corpo ou um texto de autoridade que defina as normas da cultura. Os membros de uma cultura raramente observarão todas as práticas que conformam o meio cultural, mas escolherão as que consideram mais importantes para sua relação com a cultura e para a expressão dela. Limitar a proteção cultural às obrigações culturais, para muitas culturas e seus membros, torna a proteção largamente sem relevância.

Pode-se dizer, assim, que o peso da liberdade religiosa será maior quando estiver em jogo um *dever* (obrigação ou proibição) imposto pela crença; e menor se, em vez de uma ordem, a religião estabelecer uma recomendação. Em nenhuma dessas hipóteses, se exime o intérprete de promover a necessária ponderação – trata-se de um parâmetro pertinente à fixação do peso relativo da libedade religiosa, e não de uma regra definitiva de conduta.

2. *Natureza da atividade: proximidade às ações cultuais*

É a vinculação à crença que dá ao culto seu significado especial, e é a expressão deste que identifica, como marca distintiva, as organizações religiosas. Consequentemente, quanto maior a proximidade de uma conduta ou procedimento em relação à crença e ao culto, maior o peso relativo da liberdade religiosa. De outra parte, a proteção tenderá a ser menor conforme o comportamento regulado se distancie da interpretação e da concretização da doutrina da fé[1144]. A ilustração gráfica dessa ideia corresponde a um conjunto de círculos concêntricos, de maior e menor raio, "representando as diversas actividades das confissões religiosas" – e, poder-se-ia acrescentar, dos fiéis – "em que a maior proximidade do centro traduz uma maior densidade religiosa dessas actividades". No núcleo, estão as práticas "imediatamente resultantes de imperativos doutrinários", sujeitas a uma proteção maior que aquelas, com relevo econômico, ainda que sem intuito lucrativo (*e.g.*, a instituição de um hospital ou de uma escola). No outro

[1144] A afetação ou não de uma conduta à crença deve ser buscada principalmente na autocompreensão da própria denominação religiosa e do crente. Como afirmou o Tribunal Constitucional Federal alemão, "o Estado violaria a independência das associações ideológicas e sua liberdade de organização interna conferidas pela Constituição se não considerasse a forma como essas associações se veem quando interpretando a atividade religiosa resultante de uma confissão ou credo específico" (BVerfGE 24, 236 (Rumpelkammer). In: KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham: Duke University Press, 1989, p. 449).

extremo, com menor tutela, estão as atividades de caráter efetivamente mercantil realizadas pela denominação religiosa (*e.g.*, a venda de lembranças)[1145].

Nessa linha, a jurisprudência indiana registra uma distinção de graus de proteção entre as alíneas do art. 26 da Constituição do país, que versa sobre os direitos das denominações religiosas. A Suprema Corte sustenta que a alínea *b* – o direito de "conduzir suas próprias atividades em matéria de religião" – oferece uma garantia mais intensa que as alíneas *c* e *d*, relativas, respectivamente, à aquisição de bens móveis e imóveis, e à administração de sua propriedade "nos termos da lei"[1146]. Consequentemente, as manifestações mais intimamente associadas à identidade da doutrina e da denominação religiosa merecem maior proteção[1147]. Dessa forma, ainda que a Carta indiana autorize o Poder Público a "promover [...] a abertura das instituições religiosas hindus de caráter público a todas as classes e grupos de hindus" (art. 25 (2) (b)), considerou-se que a confissão que controlasse um templo poderia restringir o acesso às cerimônias apenas àqueles que, segundo suas crenças, estavam aptos a participar delas[1148].

[1145] MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, cit., pp. 248-251.

[1146] Em qualquer caso, porém, não se autoriza a substituição da entidade pelo Poder Público na definição da melhor forma de gerir seu patrimônio. Foi o que destacou a Suprema Corte indiana em *The Commissioner, Hindu Religious Endowments, Madras v. Sri Lakshmindra Thirtha Swamiar of Sri Shirur Mutt* [1954] INSC 46; AIR 1954 SC 282; 1954 SCR 1005. A demanda teve origem na decisão de um conselho estadual de nomear um gestor externo para uma instituição religiosa (*Math*) em dificuldades financeiras. Examinando a matéria, a Corte registrou que, por mais amplo que seja o espaço de conformação do legislador, ele não autoriza o Estado a retirar totalmente das denominações o poder de gerir seus bens.

[1147] *Sardar Syedna Taher Saifuddin Saheb v. The State of Bombay* [1962] INSC 2; AIR 1962 SC 853; 1962 (2) Suppl. SCR 496. A Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei estadual que pretendeu anular e deixar sem eficácia qualquer excomunhão realizada por comunidades religiosas. Ficou vencido o *Chief Justice* Sinha, que considerava os aspectos "sociais" da excomunhão para concluir que, se seu efeito é tornar o interessado um "intocável" em sua comunidade, a lei que a anula apenas promove o art. 17 da Constituição, que aboliu a condição de "intocável". Para a maioria, porém, essa medida só seria válida como medida de proteção social se seus objetos fossem excomunhões que não se baseassem em preceitos religiosos, mas, e.g., em costumes sociais anacrônicos. O acórdão foi redigido pelo Juiz Das Gupta, que afirmou: "[...] quando uma excomunhão se baseia, ela própria, em fundamentos religiosos, tais como o desvio do credo ou da doutrina religiosa ortodoxa (similar ao que se considera heresia, apostasia ou cisma no Direito Canônico) ou o descumprimento de algumas práticas consideradas como partes essenciais da religião pelos Dawoodi Bohras em geral, a excomunhão não pode ser considerada senão como algo que procura manter a força da religião. Disso decorre necessariamente que o exercício desse poder de excomunhão em bases religiosas integra a realização pela comunidade, por meio de seu líder religioso, 'e suas próprias atividades em matéria de religião'. O Ato impugnado torna inválidas até essas excomunhões e retira o poder do Dai como líder da comunidade para excomungar mesmo com fundamentos religiosos. Dessa forma, ele claramente interfere com o direito da comunidade Dawoodi Bohra nos termos da alínea (b) do Art. 26 da Constituição".

[1148] O que se discutiu foi a validade de uma lei estadual que proibiu os templos públicos hindus de restringirem o acesso dos "intocáveis" (*harijans*). Segundo a Corte, a denominação não poderia impedir outros hindus de praticarem ali a sua fé, mas tampouco seria legítimo ao Estado impor a presença de pessoas em uma cerimônia quando elas não estivessem autorizadas a tomar parte dela conforme os preceitos religiosos. A ideia, como se vê, é de concordância prática. V. *Sri Venkataramana Devaru & Ors. v. The State of Mysore & Ors.* [1957] INSC 99; AIR 1958 SC 255; 1958 SCR 895.

Também a Suprema Corte dos EUA fez incidir sobre uma organização religiosa as exigências do contrato mínimo de trabalho (*e.g.*, salário mínimo) tendo em vista que ela se dedicaria a atividades empresariais, inclusive competindo com empresas de índole não religiosa – uma exceção em seu favor acabaria gerando um benefício para ela, violando a livre concorrência[1149]. Na mesma linha, o Tribunal Constituicional espanhol considerou inviável tratar da mesma forma a dispensa de professores que atacavam o ideário das instituições em que lecionavam e a da funcionária de um hospital que, embora vinculado a uma entidade religiosa, não se dedicava à difusão de uma crença, mas à prestação de serviços assistenciais ou sanitários: apenas no primeiro caso estaria presente uma afronta à capacidade da entidade de difundir a sua doutrina[1150]. Por sua vez, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que a obrigação geral de pagar taxas a uma organização religiosa não violava a liberdade religiosa das pessoas que não integravam aquela denominação justamente porque elas remuneravam serviços seculares confiados pelo Estado à referida entidade[1151].

Quanto ao ponto, é preciso registrar, contudo, que os bens materiais nem sempre têm apenas um significado patrimonial ou econômico. Para o catolicismo, a relíquia de um santo é algo diverso e muito mais relevante que um banco de igreja, ainda que ambos sejam usados nas cerimônias. O mesmo se pode dizer, *e.g.*, do caldeirão de um wiccano ou do Guru Granth Sahib, livro sagrado e Guru dos Sikh. Além disso, para muitos povos indígenas, a terra que habitam é bem mais que um imóvel – há uma relação espiritual envolvida com a natureza, que já foi acolhida por diplomas internacionais[1152], pela jurisprudência da Corte Interamericana[1153], e pelo Supremo Tribunal Federal[1154]. É preciso atentar para essas circunstâncias para evitar uma indevida depreciação da dimensão religiosa.

3. *Direitos de terceiros*

[1149] *Tony and Susan Alamo Foundation v. Secretary of Labor*, 471 U.S. 290 (1985).

[1150] *STC 106/1996* e *STC 47/1985*.

[1151] *Lundberg v. Sweden* (dec.), no. 36846/97, 28 August 2001.

[1152] Convenção/OIT nº 169 (Decreto Legislativo nº 143/2002; Decreto nº 5.051/2004), Parte II; Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007), arts. 25 e 26.

[1153] V., *e.g.*, *Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 17 de junio de 2005, §§ 124 y 130-7; *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, § 149.

[1154] STF, *DJ* 25 set. 2009, Pet 3.388/RR, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

Os interesses governamentais de maior peso são aqueles que se voltam à tutela de direitos de terceiros. Como observam Michael W. McConnell e Richard A. Posner, valendo-se de termos econômicos, a liberdade religiosa "não autoriza os fiéis a transferir o custo de suas práticas religiosas para terceiros". Isso configuraria uma *externalidade negativa*, que ocorre quando alguém impõe custos a outrem sem seu consentimento[1155]. Não se trata, todavia, de uma regra: a liberdade religiosa é um direito fundamental e, como tal, tem um *status* privilegiado no ordenamento jurídico – diante de outros direitos de igual estatura, impõe-se promover uma ponderação entre eles. Quando se diz que o interesse estatal na tutela dos direitos de terceiros é especialmente relevante, não se está sugerindo que o sopesamento seja desnecessário ou mesmo uma solução para ele; afirma-se apenas que, no universo dos muitos fins que o Estado está autorizado a promover, esse é um dos mais importantes.

4. *Demais prestações em favor da coletividade*

Uma das exigências mais elementares de justiça é a *igualdade perante os encargos públicos* – os custos com a satisfação dos interesses coletivos devem ser distribuídos de forma equitativa por todas as pessoas, não sendo admissível que um ou alguns sejam onerados de modo mais intenso que outros sem uma razão que o justifique[1156]. Como todos os cidadãos, também os que professam uma religião podem ser chamados a suportar sacrifícios em nome da satisfação de interesses coletivos. Mas não é justo que o façam em maior medida que os demais, quando obtêm, em retorno, as mesmas prestações. Considerando que a restrição à liberdade religiosa é um custo (não pecuniário) suportado só por quem integra uma confissão, sua eliminação ou alguma compensação pode ser necessária para reequilibrar a repartição dos ônus na sociedade. Note-se bem: a ideia não é criar um benefício para o crente, mas afastar um ônus desproporcional imposto a ele.

Um exemplo é a construção de uma rodovia em terras públicas, em área considerada sagrada por grupos indígenas que a utilizavam para o culto. A satisfação do interesse coletivo – definido pelos órgãos estatais competentes – terá um peso muito maior sobre os fiéis daquela religião. Isso não quer dizer que o Estado esteja obrigado a moldar sua atuação a fim de atender às crenças de algumas pessoas, mas simplesmente que a imposição de um custo desproporcional

---

[1155] McCONNELL, Michael W.; POSNER, Richard A. An economic approach to issues of religious freedom, cit., p. 46.

[1156] CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, cit., p. 431.

sobre uns deve ser evitada ou remediada de alguma forma – *e.g.*, pela adaptação do projeto, caso seja viável[1157].

Aqui se inserem também obrigações como o serviço militar obrigatório (CRFB, art. 143): o simples fato de alguém assumir o risco de ir preso em vez de prestá-lo já demonstra o peso que sua convicção tem sua vida e o custo que abrir mão dela lhe geraria. No entanto, seria injusto simplesmente liberar o interessado de um dever exigido de todos, substituindo um ônus desigual por um benefício desigual. Por isso, a Carta prevê a possibilidade de lhe ser atribuído um encargo alternativo, sem caráter militar (CRFB, art. 143, § 1º)[1158]. O tema será abordado mais detidamente adiante, quase se tratar da objeção de consciência.

5. *Conveniência administrativa*

A conveniência da Administração é seguramente o elemento mais frágil de que o Estado pode dispor em uma ponderação diante da liberdade religiosa. Como os direitos fundamentais são vinculantes para o Poder Público, não há discricionariedade possível quanto a cumprir ou não o que eles ordenam. O acréscimo de custos ínfimos se insere nesta categoria, assim como a adaptação pontual de datas ou procedimentos internos.

Situação mais complexa envolve o agendamento de concursos e seleções públicas. Embora o domingo seja considerado santo para muitos cristãos, essa circunstância não os impede de trabalhar ou fazer outras atividades, de forma geral. Ao menos, não há notícia de solicitações nesse sentido. De outra parte, diversas religiões adotam o sábado como dia de guarda (*e.g.*, judeus e adventistas do sétimo dia), assim como a sexta-feira (muçulmanos), o que, para seus fiéis, se traduz na inviabilidade de quase qualquer atividade de natureza não religiosa. Diante disso, pergunta-se: o que impede a Administração de agendar suas provas e

---

[1157] Em sentido contrário, v. ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Prot. Ass'n.*, 485 U.S. 439 (1988). Em síntese, o acórdão afirma o direito do governo federal, como proprietário das terras, de construir a rodovia como preferisse. Ao sustentar que a Constituição não autoriza as pessoas a pleitear prestações do Estado, mas apenas a evitar que este as prejudique, a Corte considerou não ter havido afronta a direitos fundamentais dos indígenas. Para o Juiz Brennan, vencido, "ao tratar os danos dos [indígenas] como 'não constitucionais', a Corte efetivamente atribuiu a uma parte do conflito a autoridade unilateral de resolver todas as disputas futuras em seu favor, sujeita apenas à inócua exortação da Corte de que seja 'sensível' a religiões afetadas. Em minha opinião, contudo, os nativos americanos merecem – e a Constituição exige – mais do que isso" (Brennan, J., *dissent.*, at 473).

[1158] O tema é regulamentado pela Lei nº 8.239/1991, cujo art. 3º, § 2º, define: "Entende-se por Serviço Alternativo o exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar". Nos termos do § 4º do mesmo art. 2º, esse serviço inclui "o treinamento para atuação em áreas atingidas por desastre, em situação de emergência e estado de calamidade, executado de forma integrada com o órgão federal responsável pela implantação das ações de proteção e defesa civil".

entrevistas para os domingos? Nada. Como o custo, em geral, é transferido aos candidatos por meio de taxas, os certames são conduzidos por entidades contratadas para esse propósito, e os profissionais envolvidos costumam ser remunerados por tarefa, não parece haver justificativa relevante para que as provas não aconteçam aos domingos.

Em geral, contudo, por razões processuais, os próprios afetados não podem pleitear judicialmente a alteração das datas fixadas em editais. Isso lhes coloca em uma situação difícil, porque acolher seu pleito em caráter individual poderia gerar uma desequiparação. De fato, a preocupação com a igualdade foi o que norteou a decisão do Supremo Tribunal Federal em caso que envolvia o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), cujos resultados são utilizados para o ingresso em diversas instituições de ensino superior. O STF suspendeu antecipação de tutela que permitira que os candidatos sabatistas fizessem em outra data a prova, marcada para ocorrer em um sábado[1159]. Embora o tema não tenha sido examinado com profundidade – diante da natureza do procedimento[1160] –, o Tribunal afirmou que o Ministério da Educação já contemplara a situação dos referidos candidatos, que haviam sido autorizados a fazer a prova após o pôr do sol. A medida de acomodação não eliminava os prejuízos dos sabatistas – que tinham de chegar junto com os demais estudantes, mas só poderiam fazer a prova no fim do dia –, mas seria preferível à previsão de outra data, com aplicação de outras questões, o que geraria uma diferenciação entre pessoas que participavam de uma mesma seleção[1161].

A situação é inteiramente diversa de outra, apresentada perante o Conselho Nacional de Justiça: um candidato, aprovado na primeira fase de concurso público para ingresso na magistratura do Estado de Rondônia, pleiteou que, na segunda fase, marcada para um sábado,

---

[1159] STF, *DJ* 14 maio 2010, STA 389 AgR/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes (Presidente).

[1160] No entanto, já foi reconhecida a repercussão geral de discussão semelhante, que aguarda apreciação em sede de recurso extraordinário. V. STF, *DJ* 7 jun. 2011, RE 611.874 RG/DF, Rel. Min. Dias Toffoli: "DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENDIDA AUTORIZAÇÃO PARA REALIZAÇÃO DE ETAPA DE CONCURSO PÚBLICO EM HORÁRIO DIVERSO DAQUELE DETERMINADO PELA COMISSÃO ORGANIZADORA DO CERTAME POR FORÇA DE CRENÇA RELIGIOSA. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS EM CONFLITO. MATÉRIA PASSÍVEL DE REPETIÇÃO EM INÚMEROS PROCESSOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA". O pleito do candidato foi acolhido na origem, mas a União Federal recorreu. A Procuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso extraordinário, alegando – *data venia*, equivocadamente – que "a eventual decisão de não prestar a prova no momento fixado pelo edital é inteiramente do candidato". Essa assertiva, a um só tempo, equipara o comando religioso a uma simples preferência pessoal e ignora a total discricionariedade do Poder Público na escolha das datas das provas. No mínimo, é preciso que a Administração justifique por que não seria viável marcar o exame em outro dia (notadamente quando, como ocorria no caso, os candidatos de outra cidade fizeram a prova em data diversa). O parecer da PGR está disponível em: <http://www.stf.jus.br.>. Acesso em: 25 dez. 2016.

[1161] Elogiando o raciocínio adotado no voto do Min. Gilmar Mendes, v. LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade religiosa e objeção de consciência: o problema do respeito aos dias de guarda. In: ORO, Ari Pedro *et al* (Orgs.). *A religião no espaço público:* atores e objetos. São Paulo: Terceiro Nome, 2012, p. 177.

lhe fosse concedido o direito que o Ministério da Educação garantiu aos sabatistas no ENEM. Diante da natureza administrativa do feito e da extensão das competências do Conselho, este poderia, em princípio, ter revisto (até de ofício) o ato que definiu a data da segunda fase – ou, se isso não se revelasse viável, editar ato normativo sobre o tema para dar cumprimento à Constituição[1162].

O pedido, porém, foi indeferido – em afronta, portanto, ao precedente do STF citado acima. Na avaliação do relator, Cons. Neves Amorim, não se trataria de "discriminação a uma minoria religiosa", mas "de lhe vedar privilégio vedado aos demais cidadãos", pois "poucas regras são mais neutras do que as que fixam data para realização de provas de concursos públicos"[1163]. Com o respeito devido e merecido, a neutralidade formal de uma lei não é suficiente para garantir a sua validade, como já observado acima. Anos e anos de doutrina e jurisprudência sobre a igualdade e a liberdade religiosa confirmam o que se acaba de dizer. Não é só o direcionamento explícito a grupos religiosos e suas crenças que torna uma lei inválida; o impacto desproporcional sobre eles já revela um dano sob a óptica constitucional. No caso, o ponto é particularmente sensível porque é garantido a todos o acesso aos cargos públicos em condições de igualdade (CRFB, art. 37, I), sendo ilegítimo que todo um grupo de pessoas seja impedido de participar – e de ingressar no serviço público – apenas por professar uma crença. Longe de criar um privilégio, o deferimento do pedido apenas eliminaria um prejuízo indevido, criado pela mera conveniência do Estado – que, podendo optar por aplicar a prova em um domingo, insistiu em fazê-lo em um sábado[1164].

[1162] A viabilidade disso foi reconhecida quando se considerou válido o ato do CNJ que vedou o nepotismo no Poder Judiciário. V. STF, *DJ* 18 dez. 2009, ADC 12/DF, Rel. Min. Carlos Ayres Britto.

[1163] CNJ, Procedimento de Controle Administrativo nº 0005544-13.2011.2.00.0000, Rel. Cons. Neves Amorim. Brasília, 27 mar. 2012. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 19 nov. 2016.

[1164] Foi o que sugeriu o Tribunal de Justiça da União Europeia (Judgment of 27 October 1976, *Prais v. Council*, C-130/75, EU:C:1976:142): "1. Quando um concurso é realizado com base em provas, o princípio da igualdade exige que estas sejam nas mesmas condições para todos os candidatos e, no caso de provas escritas, as dificuldades práticas com a comparação demandam que as provas escritas para todos os candidatos sejam as mesmas. É, portanto, de grande importância que o dia das provas escritas seja o mesmo para todos os candidatos. O interesses dos participantes de não ter uma prova marcada em uma data que seja inviável deve ser sopesado com essa necessidade. 2. Se um candidato informa à autoridade competente que razões religiosas tornam certas datas impossíveis para ele, esta deve levar isso em consideração ao agendar o dia das provas escritas e se esforçar para evitar tais datas. Por outro lado, se o candidato não informa a autoridade, em tempo razoável, quanto a suas dificuldades, é justificado que ela se recuse a definir uma data alternativa, em particular se outros candidatos tiverem sido convocados para o exame".

5.5 **Algumas questões específicas**

5.5.1 Objeção de consciência

Um dos temas mais delicados em matéria de religião é a *objeção de consciência*. Cuida-se da invocação de uma obrigação ou proibição religiosa[1165] como escusa para que não se cumpra um dever. Não se põe em questão, seja a ordem política como um todo ou uma instituição, mas simplesmente a viabilidade de alguém, em particular, cumprir uma obrigação concreta[1166]. Postula-se, assim, uma exceção a um dever geral, cuja validade em tese não se discute, baseada em um *imperativo ético de consciência*[1167].

A questão é delicada, mas está longe de ser intrasponível. Sem dúvida, uma vez que se reconheça o caráter inevitável do pluralismo, não há como exigir que o direito corresponda à compreensão ética de cada um. No entanto, se a autodeterminação pessoal é algo relevante em um Estado democrático de Direito, é preciso, tanto quanto possível, abrir espaço para que as pessoas sigam as concepções de vida boa que considerem adequadas[1168]. Embora seja inválido que o Estado assuma o papel de ditar uma verdade ética, o imperativo de igualdade exige que se considere, com seriedade, o impacto desproporcional que medidas em tese "neutras" podem gerar para alguns grupos ou pessoas[1169]. Tudo isso – que já foi examinado acima – conduz à

[1165] O texto da Constituição não limita a objeção de consciência às hipóteses em que o fundamento invocado é religioso. Esse recorte é feito para atender ao escopo deste trabalho.

[1166] SORIANO, Ramón. La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español. *Revista de Estudios Políticos*, n. 58, pp. 61-110, oct./dic. 1987, p. 79. Nesse sentido, ela se diferencia das ideias, por vezes aproximadas, de *direito de resistência* e *desobediência civil*, que têm um escopo fundamentalmente político (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, cit., p. 452 e ss.).

[1167] V. CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, cit., v. 1, p. 616, para quem a objeção de consciência "consiste no direito das pessoas de não cumprir obrigações ou não praticar actos que conflituem essencialmente com os ditames da consciência de cada um". Segundo o Tribunal Constitucional português, a objeção de consciência "traduz-se [...] na resistência que a consciência individual opõe a uma lei geral, em virtude de as próprias convicções pessoais impedirem o sujeito de a cumprir" (*Acórdão nº 681/1995*).

[1168] Como decidiu a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica, a liberdade de consciência "consiste na possibilidade, juridicamente garantida, de acomodar o sujeito, sua conduta religiosa e sua forma de vida ao que prescreva sua própria convicção, sem ser obrigado a fazer algo que a contrarie" (*Sentencia 3173-93*).

[1169] PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 24, n. 71, pp. 47-72, mayo/ago. 2004, p. 61: "ninguém, de fato, pode pretender o amparo do Direito apenas porque sua conduta resulta conforme a suas convicções morais, ou simplesmente porque a julgue oportuna, mas a presença do direito à liberdade de consciência (ou da liberdade pura e simples) obriga, sim, a tratar a questão como um problema de limites ao exercício dos direitos ou, mais exatamente, como um conflito entre estes últimos e as razões que oferecem as normas descumpridas ou impugnadas; não existe um direito geral,

afirmação da objeção de consciência: ao reconhecer que atos abstratamente válidos geram danos específicos para certos indivíduos, unicamente por causa de sua religião, o Estado deve se comprometer a evitá-los ou minimizá-los de alguma forma, restabelecendo a igualdade[1170].

Não por acaso, mesmo Joseph Raz[1171] afirma esse direito, embora destaque que, por seu caráter *prima facie*, ele pode ser superado pela necessidade de promover outros valores. Segundo ele, a objeção tem um peso maior para afastar deveres paternalistas (*i.e.*, que supõem promover interesses do próprio sujeito) ou obrigações em prol do interesse público (tendo em vista o peso relativamente insignificante de cada contribuição individual). A situação é a oposta quando o dever em questão protege direitos de terceiros identificáveis (*e.g.*, a vedação ao homicídio, ao roubo)[1172]. Seja como for, em se tratando de um direito *prima facie*, mesmo nos dois primeiros contextos, a objeção de consciência pode não prevalecer, segundo Raz – isso ocorre, por exemplo, quando o número de objetores é considerável a ponto de pôr em risco o fim coletivo que se busca promover. No entanto, o autor se declara mais favorável a que se evite o problema da objeção de consciência por meio de uma legislação que garanta ampla liberdade em favor das pessoas. Se o Estado evitar se intrometer em temas polêmicos do ponto de vista ético e garantir que o pluralismo social tenha formas de se expressar, as dificuldades geradas pela objeção de consciência tendem a diminuir.

Esse raciocínio é interessante, na medida em que ilumina a operação da objeção de consciência. Todavia, alguns ajustes parecem pertinentes. Em *primeiro* lugar, a recusa total ao paternalismo, tal como exposto páginas acima, transfere para o plano abstrato o que Raz trata no nível concreto: o dever paternalista é inválido em tese; nem se cogita, portanto, de sua

---

definitivo e concludente, mas sim existe o que se poderia chamar de um direito à argumentação, um direito a que a conduta seja examinada como o exercício de um direito em conflito com outros direitos ou bens constitucionais, cujo resultado [...] é deixado ao juízo de podneração. Como é óbvio, os direitos não oferecem cobertura a qualquer conduta, mas impõem uma carga de justificação ou argumentação sobre as restrições que se imponham. Esse é, a meu juízo, o sentido último de um constitucionalismo dos direitos".

[1170] ASÍS ROIG, Rafael. Las tres conciencias. In: PECES-BARBA, Gregorio (Ed.). *Ley y conciencia:* moral legalizada y moral crítica en la aplicación derecho. Boletín Oficial del Estado, 1993 (Monografías Universidad Carlos III), p. 31: "não parece que em um Estado democrático se possam oferecer razões que levem à sua negação [*i.e.*, da objeção de consciência] sempre e quando por meio dela não lesione um bem de maior relevância ética". Em termos jurídicos mais próximos da teoria dos princípios se poderia dizer: ela se justifica sempre que o grau de promoção da liberdade de consciência supere a medida de frustração que a isenção em favor do objetor geraria para os fins estatais.

[1171] RAZ, Joseph. *The authority of the law*, cit., pp. 276-289.

[1172] Nada obstante, Raz submete ao mesmo regime do paternalismo a situação em que o terceiro, a quem o dever legal procurava proteger, voluntariamente consente com seu descumprimento (*Ibid.*, p. 285). Essa questão, contudo, parece deslocada: quem invoca a objeção não é a pessoa a quem a lei procura proteger, de modo que outros problemas relevantes podem se colocar (como, *e.g.*, os critérios para a validade do consentimento). Não parece adequado incluir essa situação no mesmo regime daquela em que o sujeito descumpre um dever cujo único beneficiário seria ele mesmo.

paralisação pontual pela invocação da objeção de consciência. Em *segundo* lugar, a afirmação da autodeterminação pessoal – e da laicidade – como exigência constitucional torna, de fato, residual a invocação da objeção, na medida em que a lei estará impedida *prima facie* de avançar sobre diversas questões éticas controvertidas. Com isso, fica reduzido ao mínimo possível o risco de erosão da legalidade pela multiplicação de exceções individuais. Em *terceiro* lugar, a doutrina da Raz demonstra que a objeção de consciência não é uma regra e, consequentemente, não opera segundo a lógica do "tudo ou nada"; trata-se de um princípio que, diante de deveres gerais válidos em tese, exige a acomodação dos ditames da consciência individual *na medida em que isso seja viável*, considerando os limites postos por normas contrapostas e pela realidade de fato.

A essas considerações se alia um elemento finalístico: como o objetivo da objeção de consciência é eliminar um dano desproporcional – *i.e.*, promover a igualdade –, é preciso tomar cuidado para que seu efeito não seja a substituição de um prejuízo por um benefício injustificado. Em outras palavras: ao consagrar a objeção como um direito fundamental, a ordem constitucional não confere – nem pode ser interpretada como se conferisse – um tratamento privilegiado aos membros de determinadas confissões religiosas. A disciplina do tema deve se ater ao limite do necessário para afastar o dano desigual, bem como cuidar para que disso não se produza qualquer vantagem especial para os envolvidos[1173].

O direito à objeção de consciência não se limita à dimensão *defensiva*, embora, sem dúvida, exija uma abstenção (*e.g.*, que não sejam aplicadas sanções pelo descumprimento do dever legal). Há também uma dimensão *prestacional* envolvida, principalmente do ponto de vista *da organização e do procedimento:* em alguns casos, seu exercício exige que se defina um procedimento justo (não necessariamente judicial) para que o *status* de objetor e seus efeitos jurídicos sejam reconhecidos[1174]. Disso não se extrai que a objeção de consciência esteja submetida ou condicionada à vontade ou à discricionariedade do legislador. Tendo em vista que pode haver muitas alternativas para acomodar a situação de um objetor, há, sem dúvida, uma

---

[1173] PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão nº 681/1995*. No caso, por apertada maioria, declarou-se a constitucionalidade de dispositivo legal que subordinava o reconhecimento da condição de objetor de consciência à expressa declaração de disponibilidade para a prestação de serviço alternativo. Um dos pontos destacados pela divergência é a inversão da *ratio* constitucional: o serviço alternativo é uma *consequência*, e não um *pressuposto*, da condição de objetor, de modo que a recusa à sua prestação não poderia levar à imposição do serviço militar contra os ditames da consciência do indivíduo, mas à aplicação de outras sanções (v. as declarações de voto dos Conselheiros Maria da Assunção Esteves, Luís Nunes de Almeida, Armindo Ribeiro Mendes e Maria Fernanda Palma). A mesma questão se colocou, com idêntico resultado, no *Acórdão nº 711/1995*. Para a maioria formada, a exigência garantiria a seriedade do declarante.

[1174] CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, cit., v. 1, p. 616.

preferência pela solução legislativa do problema, acompanhada de uma *deferência* à interpretação que prevalecer no processo de formação das leis. Não há, contudo, uma subordinação total da sua eficácia à vontade das maiorias políticas – trata-se, afinal, de uma manifestação da liberdade de consciência[1175]. Se a fundamentalidade do direito tem algum sentido mínimo é o de impor aos órgãos do Estado o *dever de considerar com seriedade* as possibilidades de acomodação das objeções.

Para além disso, porém, a efetiva criação de uma exceção em favor dos objetores depende de uma ponderação. O sopesamento envolve, de um lado, a intensidade da restrição à liberdade de consciência gerada pela imposição do dever geral àquele indivíduo; e, de outro, o prejuízo que uma exceção em seu favor poderia produzir para a satisfação dos fins que o dever busca promover. Note-se bem: não se trata de comparar o benefício do cidadão com uma situação hipotética em que todos pleiteassem uma objeção – a universalização da decisão é um fim a ser almejado, mas isso se limita ao conjunto específico de pessoas que, em tese, poderiam invocar a objeção nos mesmos termos[1176]. Essa ponderação deve considerar, ainda, elementos como: a importância da contribuição individual do sujeito para promoção do objetivo legal; o caráter personalíssimo (ou não) da obrigação; a existência de outras pessoas igualmente aptas a cumpri-la; a viabilidade de sua substituição por prestações alternativas[1177]. Do fato de a

[1175] Por isso, não é possível concordar com Fábio Carvalho Leite quando sustenta que "[n]ão se trata [...] de um direito a ser exigido, mas a ser acomodado", ou que "não é exigível judicialmente", mas "pode ser construído em sede legislativa ou mesmo na via administrativa" (LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade religiosa e objeção de consciência, cit., pp. 167 e 178). Essa qualificação transforma o art. 5º, VIII, da Constituição em letra morta, na medida em que submete a sua eficácia à conveniência das maiorias no Legislativo ou mesmo da Administração.

[1176] Dessa forma, se um grupo pequeno se recusa, por motivo religioso, a contribuir com a seguridade social, mas tampouco extrai benefícios do sistema, a exceção nem remotamente prejudica a finalidade legal, que é manter um sistema hígido para quem pode utilizá-lo. Por isso, McConnell e Posner (An economic approach to issues of religious freedom, cit., pp. 53-54) criticam o acórdão da Suprema Corte no caso *United States v. Lee*, 455 U.S. 252 (1982). Nesse processo, discutiu-se a constitucionalidade da incidência de contribuições para a seguridade social sobre os Amish – um grupo bem reduzido de pessoas, que já era parcialmente contemplado por isenções, não admitia fazer uso das prestações da seguridade social e tinha seu próprio modelo de cuidado pelos idosos. Tudo isso mostra que abrir um pouco mais o leque de exceções não geraria qualquer impacto relevante para o sistema tributário norte-americano. No entanto, a Suprema Corte contrapôs à sua pretensão o risco que um modelo de "adesão voluntária geral" poderia produzir para o "amplo interesse público na manutenção de um sólido sistema tributário".

[1177] Nessa linha, o Código de Ética Médica garante o direito dos médicos à objeção de consciência, mas, na ponderação com a vida e a saúde dos pacientes, bem observa que essas últimas devem prevalecer nas situações extremas. V. Código de Ética Médica, Capítulo I (Princípios Fundamentais), item nº VII: "O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente".

objeção exigir uma ponderação decorre que ela precisa ser justificada e, assim, submetida ao crivo dos procedimentos de controle pertinentes[1178], sejam eles preventivos ou repressivos.

Do ponto de vista objetivo, é possível cogitar de dois cenários em que a objeção de consciência pode se colocar. No **Cenário nº 1**, ela pode ser invocada para afastar, de todo, um dever. É o caso, *e.g.*, da objeção à prestação do serviço militar obrigatório, à participação em festas cívicas ou atos de exaltação patriótica ou à prestação de depoimento, como testemunha, sobre fatos de que um padre teve ciência por meio da confissão. Nessas situações, o indivíduo está proibido de praticar a conduta prescrita por força de sua convicção religiosa. Não há como substituir o devedor por outro porque a obrigação é personalíssima (*e.g.*, a oitiva do padre sobre os eventos narrados em confissão) ou atribuída individualmente a todos (*e.g.*, serviço militar). Já a cominação de sanções, como forma de forçar o cumprimento do dever legal, encontra diante de si a resistência do sujeito, que muitas vezes preferirá a pena à satisfação da obrigação. A aplicação da penalidade, aqui, será irrazoável: além de se desconectar da causa que a justifica – ela não será capaz de incentivar a prática do ato –, não se pode simplesmente equiparar, à desídia ou ao dolo, o cumprimento de um comando religioso. O fato de a recusa se amparar na liberdade de consciência a diferencia do mero inadimplemento injustificado.

Abrem-se ao Estado aqui apenas três possibilidades[1179]: **(i)** em vez de impor uma punição, exigir a reparação do dano causado à coletividade ou a terceiros, se houver; **(ii)** tentar atingir a finalidade que subjaz ao dever legal na maior extensão possível sem ofender a liberdade de consciência dos objetores; ou, se inviáveis as anteriores, **(iii)** simplesmente dispensar o dever. A primeira delas é pertinente no caso do serviço militar: como a ideia é dividir igualmente entre todos os encargos com o esforço de defesa nacional, a exigência de uma prestação alternativa dos objetores prestigia sua liberdade de consciência e, ao mesmo tempo, promove uma equalização entre a sua situação e a das demais pessoas: o serviço alternativo compensa a sociedade pela falta do outro. Já a segunda possibilidade é útil, *e.g.*, quando a finalidade que inspira o dever legal puder ser atingida de várias formas. É o caso, *e.g.*, dos juramentos sobre a Bíblia, que podem ser substituídos por compromissos de falar a verdade; ou da participação em cerimônias cívicas, quando a simples postura de respeito for suficiente.

[1178] Assim, no campo da Medicina, v. DINIZ, Debora. Objeção de consciência e aborto: direitos e deveres dos médicos na saúde pública. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 5, pp. 981-985, out. 2011, p. 984: "O direito à objeção de consciência não constitui passe livre para a recusa de assistência médica. Sua motivação deve ser relevante, estar relacionada à integridade moral do indivíduo e ser razoável para o marco dos direitos humanos. O médico objetor deve justificar a solicitação de recusa de assistência em um caso concreto, por isso a proposta da 'tese da justificação'. O ônus da justificação cabe ao médico com *objeção seletiva de consciência*, e é dever da unidade de saúde avaliar sua relevância".

[1179] Caso, é claro, a ponderação reflita a prevalência da objeção.

Em vez de insistir na *forma* do ato, o Estado se satisfaz com seu *conteúdo*[1180]. Já a terceira possibilidade é residual e, nos exemplos acima, se aplica ao caso do padre: só ele pode prestar depoimento sobre o que sabe; como a instrução processual não será melhor atendida pela prisão de alguém que, no exercício de um direito fundamental, nem mesmo assim revelará o que sabe, a única via aberta ao Estado é a dispensa do dever legal.

No **Cenário nº 2**, a objeção de consciência não se volta contra o dever em si, mas sim contra as circunstâncias do seu cumprimento. Judeus ortodoxos e adventistas do sétimo dia não veem qualquer problema em trabalhar como mesários nas eleições, mas não admitem fazê-lo do por do sol de sexta-feira ao início da noite de sábado. Em geral, a opção pelo dia da semana nada mais é que uma questão de conveniência da Administração, sendo facilmente viável reagendar a atividade para outro dia. Se for esse o caso, não há razão para deixar de fazê-lo[1181]. Uma situação apreciada nos EUA no século XIX ilustra bem o ponto: por que exigir que um judeu preste depoimento em um sábado se um ou dois dias depois ele poderia comparecer sem que disso resultasse qualquer prejuízo ao processo? Apenas uma remissão acrítica à soberania poderia servir como defesa aqui – e isso, como visto, é inaceitável diante de um direito fundamental[1182]. Deve haver uma razão ponderável para validamente restringir a liberdade de consciência; do contrário, o que se tem não é a limitação do direito, mas sua pura e simples violação. Outra possibilidade é a seguinte: como as circunstâncias tornam o dever especialmente gravoso para um grupo, a desigualdade de tratamento pode ser remediada com a simples exclusão dos mais prejudicados da lista de convocados. Se o dever em questão não deve ser prestado, ao mesmo tempo, por todos (*e.g.*, participação em júri, atuação como mesário), basta convocar outros para a função[1183]. Seu prejuízo seria desprezível: o aumento mínimo da probabilidade do sorteio de seu nome.

[1180] ÍNDIA. Suprema Corte. *Bijoe Emmanuel & Ors v. The State of Kerala & Ors.*, 1987 AIR 748, 1986 SCR (3) 518, 1986 SCC (3) 615, JT 1986 115, 1986 SCALE (2)217.

[1181] Nessa linha, dois Tribunais Regionais Federais decidiram que, sendo prevista a aplicação de provas em dois dias (sábado e domingo), era indiferente à Administração que a avaliação da parte ocorresse em um ou no outro; sendo um deles dia de guarda religioso, deveria ser acolhido o pleito para que a sua prova fosse reagendada para o outro dia (TRF – 1ª Região, *DJ* 25 jun. 2004, Mandado de Segurança 2002.01.00.005047-6/DF, Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz; TRF – 3ª Região, *DJ* 22 fev. 2006, Apelação em Mandado de Segurança 2002.61.00.000026-5/SP, Rel. Juiz Fed. Conv. Renato Barth).

[1182] Nada obstante, foi o que fez, no caso acima, a Suprema Corte da Pensilvânia, que declarou a supremacia absoluta de todo dever legal sobre qualquer outra obrigação. V. NUSSBAUM, Martha. *Liberty of conscience*, cit., pp. 129-130.

[1183] A existência de outras pessoas aptas a cumprir a tarefa questionada pelo objetor também faz a balança pender para o lado do reconhecimento do direito. É o caso, *e.g.*, da recusa de um médico à realização de um procedimento quando há outros profissionais capazes de levá-lo a efeito. V. RUIZ MIGUEL, Alfonso. La objeción de conciencia a deberes cívicos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 16, n. 47, pp. 101-124, mayo-ago. 1996, p. 103.

Uma preocupação adicional que se deve ter diz respeito à pessoa do objetor. Como a consciência é inerentemente individual, não há como sustentar que o *status* de objetor possa ser concedido a pessoas jurídicas. Aqui se insere a discussão sobre a negativa da prestação de serviços por razões éticas daquele que os prestaria, que pode ser invocada por pessoas naturais, mas, normalmente, não por entidades abstratas[1184]. Nas relações entre partes privadas, a liberdade de consciência se alia à tutela constitucional da livre iniciativa para dar ao sujeito maior controle sobre o negócio que ele exerce. No serviço público, contudo, o espaço aberto à consciência individual é menor – o risco de frustração das finalidades estatais ou de sua desvirtuação para fins sectários justifica maiores restrições. O tema será retomado quando se tratar do princípio da laicidade. Em ambos os casos, porém, as objeções suscitadas por funcionários de entidades públicas e privadas podem ser acomodadas pela redistribuição pontual de tarefas, ao menos quando houver disponibilidade de profissionais para tanto.

A invocação da objeção de consciência exige uma restrição à privacidade: o sujeito deve informar sua religião para que as autoridades possam acomodar seu pleito[1185]. Na tentativa de diminuir esse custo, há quem sustente que, até certo limite, a prestação alternativa pode ser mais custosa que o dever legal, como forma de evitar um abuso da objeção de consciência, garantindo que só os casos de firme convicção sejam abarcados[1186]. Essa postura parece adequada como forma de assegurar a preservação da ordem jurídica e evitar fraudes. Em alguma medida, isso é o que se passa com os candidatos sabatistas nos concursos públicos realizados aos sábados, quando ficam durante quase todo o dia separados do contato com os demais, para só depois do por do sol iniciarem suas provas – garante-se a isonomia entre os candidatos e, ao mesmo

---

[1184] Essa distinção parece ter sido feita, nos EUA, pela *U.S. Court of Appeals for the 9th Circuit* no caso *Stormans, Inc. v. Wiesman*, 794 F.3d 1064, 1071 (9th Cir. 2015), *cert. denied* 579 U.S. ___ (2016). Afirmou-se a constitucionalidade de legislação estadual que proibia as farmácias de se negarem a manter ou entregar medicamentos quando isso contrariasse a convicção de seus sócios. Um dos elementos destacados pelo acórdão foi o fato de que, embora as farmácias não pudessem alegar objeção de consciência, os farmacêuticos em si poderiam – caberia à empresa manter à disposição dos clientes outros farmacêuticos à disposição, no local ou por telefone.

[1185] O fato de a objeção ser um direito não autoriza o interessado a exercê-lo arbitrariamente, por suas próprias mãos. Diante disso, o Superior Tribunal Militar manteve a condenação, por abandono de posto, de um soldado que – tendo afirmado inicialmente não ter religião – simplesmente deixou o serviço sem autorização porque, sendo adventista, não poderia trabalhar aos sábados (STM, *DJ* 3 abr. 2007, Apelação 2005.01.050146-0/PE, Rel. Min. Gen. Ex. Sergio Ernesto Alves Conforto).

[1186] RUIZ MIGUEL, Alfonso. La objeción de conciencia a deberes cívicos, cit., pp. 106-107. Segundo o autor, ao mesmo conduziria a ausência de previsão expressa da objeção na lei penal – a cominação da sanção já serviria como desestímulo a fraudes. No entanto, como alertam Posner e McConnell, o risco a que o sujeito se submete só serve como um indício do grau de restrição que sua liberdade sofre até o efetivo reconhecimento de uma exceção – depois disso, os futuros objetores enfrentam perigos muito menores (se é que enfretam algum) do que os que se apresentaram os primeiros. V. POSNER, Richard A.; McCONNELL, Michael W. An economic approach to issues of religious freedom, cit., p. 52.

tempo, evita-se que aventureiros invoquem a objeção de consciência como meio de obter vantagens indevidas. Isso não significa que o Estado deve impor dificuldades desnecessárias aos objetores, mas simplesmente que medidas de acomodação podem envolver alguns custos mais elevados para quem invoca a objeção.

Em qualquer caso, porém, não compete ao Poder Público se substituir ao sujeito para dizer como se sentir diante da medida que considera ofensiva a seus imperativos éticos. Em sentido contrário, a Corte Constitucional da Colômbia equivocadamente rejeitou pleitos de objeções por entender que, diferentemente do que sustentavam os interessados, a participação em cerimônias cívicas não poderia ser vista como "idolatria" ou "adoração"[1187]. O mesmo fez ao negar sentido religioso a um juramento[1188]. A liberdade de consciência não é violada apenas pela prática de atos religiosos dos quais se discorda, mas também por condutas que, embora inspiradas por fins seculares, atentem contra os mandamentos religiosos do fiel – é este, aliás, o campo típico de aplicação da objeção de consciência. Nesse cenário, pouco importa que o Estado as qualifique como lícitas, porque não é isso o que está em jogo – mas sim se é constitucional exigi-las, concretamente, daquela pessoa.

O problema com o raciocínio da Corte colombiana está na indevida intromissão do Poder Público na consciência individual – negaram-se os conflitos por meio da tentativa de "ensinar" aos cidadãos como devem interpretar seus próprios preceitos éticos. O Estado não é obrigado a ceder diante de qualquer apelo à liberdade de consciência, mas isso só pode resultar de uma ponderação entre ela e os bens jurídicos que justificam o dever legal que a ofenderia; jamais de uma imposição, por parte do Poder Público, quanto à interpretação a ser conferida ao mandamento ético invocado pelo sujeito.

Não à toa, essa postura não tem sido seguida em casos semelhantes. A Suprema Corte dos EUA, que inicialmente havia considerado lícita a exigência de que crianças, testemunhas de Jeová, fossem obrigadas a recitar o "juramento de lealdade" (*pledge of allegiance*) à bandeira do país contrariamente a suas convicções religiosas[1189], mudou seu entendimento pouco tempo

---

[1187] *Sentencia T-075 de 1995*; *Sentencia T-877 de 1999*. O último julgado deixa claro que a conclusão da Corte se baseou na afirmação de que atos cívicos não têm natureza religiosa e, por isso, a celebração do Estado não pode ser assimilada à adoração de uma divindade. Ou seja: na avaliação da Corte Constitucional, os interessados não teriam compreendido bem *suas próprias concepções religiosas* ao afirmar que a vedação à idolatria se entederia também aos símbolos nacionais. Para uma crítica da interpretação da Corte, v. PARDO SCHLESINGER, Cristina. La objeción de conciencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Persona y Bioética*, v. 10, n. 1, pp. 52-68, ene./jun. 2006.

[1188] *Sentencia T-547 de 1993*.

[1189] *Minersville School District v. Gobitis*, 310 U.S. 586 (1940).

depois[1190]. O mesmo entendeu a mais alta Corte da Índia em caso envolvendo crianças que não cantavam o Hino Nacional, mas ficavam de pé, em postura respeitosa[1191]. Para além de atos cívicos, juramentos também suscitam esses problemas: o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha considerou inválida a aplicação de multa a um pastor evangélico que, por razões religiosas, se recusou a prestar o juramento que lhe era exigido na qualidade de testemunha em um processo judicial[1192].

Todas essas preocupações foram atendidas pela Constituição de 1988, que acolheu, como direito, a objeção de consciência, admitindo que a lei preveja prestação alternativa, que seja compatível com a convicção ética do indivíduo (art. 5º, VIII). A oferta dessa "prestação alternativa" deixa de ser uma possibilidade para ser um imperativo sempre que, sem ela, a objeção de consciência gerar uma vantagem desmedida para o objetor. Eventuais sanções pelo descumprimento de um dever por imperativo de consciência só podem ser aplicadas se: **(i)** o dever for *geral* e *previsto em lei* – em conexão com o art. 5º, II, da Constituição[1193]; **(ii)** houver previsão *também em lei* de serviço alternativo; **(iii)** este não for incompatível com a convicção do cidadão; e **(iv)** o interessado deixar de prestá-lo (de forma injustificada)[1194]. A Carta prevê, para esses casos, a perda ou suspensão dos direitos políticos (art. 15, IV), mas não designa a autoridade competente para tanto – que, no regime anterior, era o Presidente da República[1195]. No entanto, e ao contrário do que sustenta parte da doutrina, disso não se extrai que a competência para tanto seja necessariamente do Judiciário[1196]. Essa orientação presume a inexistência de disciplina legislativa sobre o tema, mas isso não corresponde à realidade: está em vigor a Lei nº 818/1949[1197], que mesmo antes de as Constituições passarem a definir o órgão

---

[1190] *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

[1191] *Bijoe Emmanuel & Ors v. The State of Kerala & Ors.*, 1987 AIR 748, 1986 SCR (3) 518, 1986 SCC (3) 615, JT 1986 115, 1986 SCALE (2)217.

[1192] BVerfGE 33, 23 (Eidesverweigerung aus Glaubensgründen). In: SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, cit., p. 360 e ss.

[1193] Essa conexão é sublinhada por SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 99.

[1194] Destacando que somente o descumprimento da prestação alternativa dá ensejo a sanções, v. SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 99; MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos políticos na Constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 737; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Da perda e suspensão dos direitos políticos. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 139, pp. 203-216, jul./set. 1998, p. 214.

[1195] CF/1969, art. 144, II, *b*, e § 2º.

[1196] SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 236; NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Da perda e suspensão dos direitos políticos, cit., p. 215.

[1197] Compete, afinal, à União legislar sobre *cidadania*, assim como sobre nacionalidade e naturalização (CRFB, art. 22, XIII), e sobre *direito eleitoral* (CRFB, art. 22, I).

competente para essa medida, já a confiava a um decreto do Presidente da República, esclarecendo que a hipótese é de *perda* (não de mera suspensão) e admitindo sua *reaquisição* por um procedimento próprio[1198].

Isso se aplica, em especial, ao serviço militar[1199], que "é obrigatório nos termos da lei" (CRFB, art. 143, *caput*). São dispensados, em tempo de paz, "as mulheres e os eclesiásticos", que ficam "sujeitos, porém, a outros encargos que a lei lhes atribuir" (CRFB, art. 143, § 2º). Além disso, cabe às Forças Armadas "atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência [...] para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar" (CRFB, art. 143, § 1º). O tema é disciplinado pela Lei nº 8.239/1991, que, curiosamente, afasta das mulheres e dos eclesiásticos qualquer prestação alternativa – sujeitam-se só, "de acordo com suas aptidões, a encargos do interesse da mobilização" (art. 5º)[1200] –, mas impõe aos objetores de consciência o serviço alternativo, correspondente ao "exercício de atividades de caráter administrativo, assistencial, filantrópico ou mesmo produtivo, em substituição às atividades de caráter essencialmente militar" (art. 3º, § 2º), que deve incluir "o treinamento para atuação em áreas atingidas por desastre, em situação

[1198] Lei nº 818/1949, arts. 40 e 41: "Art. 40. O brasileiro que houver perdido direitos políticos, poderá readquirí-los: a) declarando, em têrmo lavrado no Ministério da Justiça e Negócios Interiores, se residir no Distrito Federal, ou nas Secretarias congêneres dos Estados e Territórios, se neles residir, que se acha pronto para suportar o ônus de que se havia libertado, contanto que êsse procedimento não importe fraude da lei; [...] Art. 41. A perda e a reaquisição dos direitos políticos serão declaradas por decreto, referendado pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores". Especificamente quanto ao serviço militar, a disciplina da matéria cabe ao art. 4º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.239/1991: "§ 1º. A recusa ou cumprimento incompleto do Serviço Alternativo, sob qualquer pretexto, por motivo de responsabilidade pessoal do convocado, implicará o não-fornecimento do certificado correspondente, pelo prazo de dois anos após o vencimento do período estabelecido. § 2º. Findo o prazo previsto no parágrafo anterior, o certificado só será emitido após a decretação, pela autoridade competente, da suspensão dos direitos políticos do inadimplente, que poderá, a qualquer tempo, regularizar sua situação mediante cumprimento das obrigações devidas".

[1199] Nos planos internacional e supranacional, entendia-se que a objeção de consciência ao serviço militar não tinha fundamento nos tratados de direitos humanos. Essa orientação era adotada pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU (*L.T.K. v. Finland*, Communication No. 185/1984, Declared inadmissible on 9 July 1985) e pelas Comissões Interamericana (*Cristián Daniel Sahli Vera y otros v. Chile*, Caso 12.219, Informe No. 43/05, Inter-Am. C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.124 Doc. 7 (2005)) e Europeia de Direitos Humanos (*e.g., G. Z. v. Austria*, no. 5591/72, Commission decision of 2 April 1973). Mais recentemente, porém, houve uma mudança de interpretação e o referido direito passou a ser reconhecido tanto pelo Comitê da ONU (*General Comment no. 22*, cit., § 11; *Id.*, Communications Nos. 1853/2008 and 1854/2008, *Cenk Atasoy* (1853/2008), *and Arda Sarkut* (1854/2008) *v. Turkey*, Views adopted on 29 March 2012, § 10.4; Communication Nos. 1321/2004 and 1322/20014, *Yeo-Bum Yoon and Mr. Myung-Jin Choi v. Republic of Korea*, Views adopted on 3 November 2006; e Communication Nos. 1593 to 1603/2007, *Eu-min Jung* et al., Views adopted on 23 March 2010) como pela Corte Europeia (*Bayatyan v. Armenia* [GC], no. 23459/03, § 110, 7 July 2011).

[1200] Nos termos do art. 2º, I, da Lei nº 11.631/2007, considera-se mobilização nacional "o conjunto de atividades planejadas, orientadas e empreendidas pelo Estado, complementando a Logística Nacional, destinadas a capacitar o País a realizar ações estratégicas, no campo da Defesa Nacional, diante de agressão estrangeira". Note-se que o fim do serviço militar é justamente "a formação de reservas destinadas a atender às necessidades de pessoal das Forças Armadas no que se refere aos encargos relacionados com a defesa nacional, em caso de mobilização" (Lei nº 8.239/1991, art. 2º).

de emergência e estado de calamidade, executado de forma integrada com o órgão federal responsável pela implantação das ações de proteção e defesa civil" (art. 3º, § 4º). É questionável a total dispensa das mulheres e – especialmente – dos eclesiásticos quando outras pessoas (inclusive por razões religiosas) estão sujeitas a prestações alternativas. De todo modo, quanto a estes, é evidente a compensação promovida para evitar um tratamento favorecido dos objetores: eles também prestam serviços à coletividade e se preparam para agir em situações de calamidade.

5.5.2 A liberdade religiosa nas relações privadas

No Brasil, é pacífico o reconhecimento de que os direitos fundamentais também se aplicam às relações privadas, no que se convencionou chamar de *eficácia* (ou *oponibilidade*) *horizontal*, *privada* ou *sobre terceiros* dos direitos fundamentais[1201]. Diferentemente do que se passa em outros países, como a Alemanha, aqui prevalece a ideia de que a incidência desses direitos às relações privadas ocorre direta e imediatamente, *i.e.*, sem necessidade de mediação legislativa, promovendo-se uma ponderação entre os bens jurídicos em choque.

Dentre as diversas justificativas para a aplicação dos direitos fundamentais a relações privadas, duas são de especial relevância para o presente estudo. A *primeira* delas diz respeito à *relevância dos bens jurídicos protegidos*, objetivamente considerados. Ainda que, do ponto de vista histórico, sua proteção em face do Estado tenha tido maior destaque, a tutela não decorre da pessoa do seu destinatário, mas do valor atribuído àquele bem em particular. Como os valores mais importantes da ordem jurídica, os bens jurídicos protegidos pelas normas de direitos fundamentais são objetivamente relevantes[1202]. Daí se dizer que os referidos direitos não se esgotam nas posições subjetivas que concretamente conferem a alguém em face de outrem, mas dispõem também de uma *dimensão objetiva*, que pode ser encontrada fazendo-se a abstração do titular e do destinatário do direito e de particularidades do seu objeto[1203]. Isso

[1201] V., *e.g.*, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, cit.; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit.; SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito:* os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

[1202] Sobre o tema, v., *e.g.*, SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., p. 105 e ss.

[1203] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., pp. 526-527.

significa que a tutela da liberdade religiosa não se justifica por circunstâncias peculiares ao Estado ou a um titular em particular, nem se limita às posições jurídicas que confere; ela decorre, em verdade, do papel especialmente relevante que se reconhece à autodeterminação pessoal. Assim, onde quer que ela se apresente, em qualquer relação ou contexto, autoriza-se *prima facie* sua invocação.

A *segunda* justificativa envolve o reconhecimento de que as relações de poder não se limitam à esfera estatal, mas antes se verificam em diversos contextos, inclusive entre partes privadas e, muitas vezes, com a sanção do direito (*e.g.*, o poder familiar, o poder de direção do empregador)[1204]. Se os direitos fundamentais existem para a promoção da igual dignidade humana e esta postula a emancipação das pessoas, vistas como fins em si mesmas, então não é apenas diante do Estado, mas em qualquer situação de assimetria de poder que os referidos direitos encontram seu espaço de atuação[1205]. Não por acaso, é exatamente no plano da família e das relações de trabalho e consumo que se concentrará o exame do tema. A ascendência dos pais e responsáveis legais e a predominância presumida dos empregadores e fornecedores tornam esses contextos especialmente férteis para problemas envolvendo a liberdade religiosa.

Em rigor, o fato de haver direitos fundamentais dos dois lados da equação não envolve peculiaridades: uma das justificativas para a restrição de direitos fundamentais é justamente a tutela ou a promoção de direitos de terceiros. O Estado tampouco está ausente na eficácia horizontal: ao contrário, o que se discute, em geral, é justamente a medida adequada em que ele pode intervir em relações privadas para promover um direito fundamental. O tema justifica três observações importantes.

Em *primeiro* lugar, quando há uma lei sobre o tema, o problema que se coloca – mesmo nas relações privadas – é o da validade das restrições em geral. Consequentemente, salvo se a lei for inválida ou sua aplicação concreta em um caso for inconstitucional, cabe ao intérprete observá-la, prestando deferência à ponderação promovida pelo legislador[1206]. Nesses casos, a invocação dos direitos fundamentais só se justificará para preencher o sentido de cláusulas gerais previstas na lei (*e.g.*, "ordem pública", "melhor interesse da criança") ou para nortear a interpretação dos atos infraconstitucionais. O que justifica a preeminência da lei é o princípio

---

[1204] Tratando do "fenômeno dos poderes privados", v. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, cit., p. 453 e ss.

[1205] Defendendo uma teoria da justiça voltada para a crítica de qualquer expressão de poder, pública ou privada, v. ACKERMAN, Bruce A. *Social justice in the liberal state*, cit., p. 19.

[1206] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, cit., pp. 309-310; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., pp. 260-261.

democrático: quando o grau de restrição a um direito e a importância da promoção do outro são aproximados – *i.e.*, quando não se pode afirmar com segurança que um supere o outro –, o impasse entre eles implica que não há amarras à competência do legislador, que tem, portanto, a discricionariedade para agir (ou não). Algo semelhante ocorre quando, sendo incertos os pesos dos direitos em choque, nenhum deles é suficientemente forte para afastar a competência do legislador[1207].

Delicados são os casos em que, por não haver lei válida regendo concretamente o conflito, se cogita da aplicação (direta) de direitos fundamentais em relações privadas[1208]. Em geral, aponta-se que isso exige a ponderação entre o(s) direito(s) envolvido(s), de um lado, e a autonomia privada, do outro[1209]. Essa última expressão, porém, envolve ambiguidades que se convém superar. Não se trata de sopesar um direito fundamental com a "liberdade de fato" ou um "direito de fazer tudo o que se quiser". Usar a expressão "autonomia privada" dessa forma enfraqueceria demais a proteção constitucional, porque meras preferências ou inclinações momentâneas não são oponíveis a direitos fundamentais. Consequentemente, estes *sempre* prevaleceriam sobre a "autonomia privada".

Dessa forma – e esta é a *segunda* observação a se fazer –, a locução deve ser encarada como uma *competência* – uma expansão da liberdade natural, que confere efeitos jurídicos a atos praticados por particulares[1210]. Isto é: a autonomia privada corresponde, neste contexto, ao exercício de funções associadas, *e.g.*, ao poder familiar ou ao poder diretivo do empregador. Vista dessa forma, ela se traduz em uma regra, que pode ser superada ou não[1211] – não se trata, assim, de aplicá-la em maior ou menor grau, mas de afastar ou manter a validade do ato que nela se baseia (*e.g.*, a decisão dos pais sobre o batismo dos filhos ou a política de uniforme da empresa, que proíbe lenços)[1212]. Essas são as conclusões possíveis de uma ponderação que deve

---

[1207] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., pp. 606-608, 615 e 620-622; SILVA, Virgílio Afonso da. Comparing the incommensurable, cit., p. 295 e ss.

[1208] SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*, cit., pp. 147-148.

[1209] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, cit., pp. 491-492; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., p. 260. Em sentido contrário, v. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*, cit., pp. 153-156.

[1210] ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., p. 239 e ss.

[1211] Sobre a superação das regras, v. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*, cit., pp. 74 e 112 e ss. Especificamente quanto às regras de competência, indicando outras referências, v. MAGALHÃES PIRES, Thiago. *As competências legislativas na Constituição de 1988:* uma releitura de sua interpretação e da solução de seus conflitos à luz do Direito Constitucional contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 141 e ss.

[1212] Se prevalecer o direito fundamental contraposto à autonomia privada, esta é afastada, pontualmente e no caso concreto, pelo simples fato de haver uma intervenção estatal, que remove a eficácia jurídica do ato praticado pelos particulares. Assim, *e.g.*, quando se afirma a aplicação do direito ao devido processo legal no procedimento de exclusão de um membro por uma associação, a consequência disso é afastar os efeitos da expulsão, reintegrando-

envolver, de um lado, o direito fundamental que postula o afastamento do ato baseado na autonomia privada e, de outro, as razões que o justificam. É algo semelhante ao que se faz diante de uma lei: não se pondera o direito restringido com a competência do legislador, mas com as razões que amparam a restrição.

Essa simples enunciação já traz à tona um ponto importante: o simples fato de o ato de um particular afetar direitos fundamentais de outro já lhe impõe o ônus de justificar a sua conduta. Longe de ser uma indevida colonização do direito privado pelo direito público, isso nada mais é que um reflexo direto da dignidade humana – mais especificamente da ideia de *valor intrínseco*, da qual decorrem os deveres, oponíveis a todos, de não causar danos a terceiros e de considerar os demais como sujeitos, a quem se devem razões para o que se faz.

Em *terceiro* lugar, e por fim, não se pode perder de vista o que se viu acima acerca da distinção entre os pontos de vista do Estado e dos particulares, que se traduz em dois modelos diferentes: enquanto a postura do Poder Público deve ser sempre baseada na *imparcialidade*, nas relações entre agentes privados o modelo a ser adotado é o da *tolerância*. O objetivo não é normalizar, nem se pode exigir que uma pessoa privada – ainda que se trate de uma empresa – seja prejudicada na consecução dos seus fins legítimos para promover as finalidades alheias, por mais importantes que elas sejam. Quanto à liberdade religiosa, isso se traduz no seguinte: ninguém é obrigado a tratar os demais com igual respeito e consideração como o Estado, mas é preciso que levem a sério as exigências da sua religião e as acomodem tanto quanto seja possível sem sofrer danos[1213]. Naturalmente, a *intolerância* pura e simples – como, em geral, ocorre com os atos de discriminação direta – é vedada.

Pois bem. Diante do que se acaba de expor acerca da autonomia, são dois os contextos que se devem considerar. No *primeiro*, a fruição da liberdade religiosa impõe uma exceção a normas baseadas estabelecidas com base na autonomia privada. É o caso, *e.g.*, do uso de véu por funcionárias muçulmanas, contrariando a política de uniformes da empresa. Como o que se exige de particulares é tolerância, deve-se examinar o impacto que a acomodação da prática religiosa teria sobre a pessoa à qual a exigência se dirige. Avalia-se, então se a norma privada

---

se o interessado. V. STF, *DJ* 27 out. 2006, RE 201.819/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes.

[1213] Em um interessante julgado, a Suprema Corte dos EUA declarou inconstitucional uma lei de Connecticut que, segundo ela, submeteria todos os interesses seculares em um ambiente de trabalho à decisão unilateral dos empregados quanto à observância dos dias de guarda de sua religião. V. *Estate of Thornton v. Caldor, Inc.*, 472 U.S. 703 (1985). O diploma exigia que as empresas se adequassem a essas necessidades de seus funcionários sem levar em conta os interesses dos empresários e dos demais empregados. Embora a argumentação da Corte se baseie na vedação à promoção de práticas religiosas pelo Estado – questão associada à laicidade –, seu raciocínio, em verdade, chama atenção para a necessidade de ponderação dos direitos contrapostos, não se podendo, sem mais, sacrificar um lado em favor do outro.

se dirige à promoção de uma finalidade legítima e o faz em conformidade com as exigências da proporcionalidade, tendo em conta o grau de restrição que ela gera para a outra parte, titular da liberdade religiosa.

No *segundo* contexto, a autonomia privada é o veículo pelo qual a liberdade religiosa é exercida, e o que se busca é justamente afastar a decisão privada. Isso se coloca, por exemplo, na discussão sobre a possibilidade de impor a realização de transfusão de sangue em crianças cujos pais, no exercício regular do poder familiar, não admitam o procedimento por razões religiosas. Nesses casos, a superação da autonomia privada só ocorrerá legitimamente quando corresponder a uma restrição válida da liberdade religiosa. Aplica-se aqui o mesmo raciocínio descrito acima acerca das limitações em geral ao referido direito fundamental.

Embora o exame da proporcionalidade seja necessariamente casuístico, a doutrina já desenvolveu alguns parâmetros para auxiliar os intérpretes nos casos que envolvem relações privadas. São eles[1214]:

(i) Atos que possam ser indiretamente imputados ao Estado – como, *e.g.*, os de atores privados controlados pelo Poder Público, de entidades que atuam como instrumentos de políticas públicas, ou concessionários de serviços públicos – devem observar os direitos fundamentais;

(ii) Quanto maior for a assimetria de poder ou a desigualdade fática entre as partes, menor será o peso da preservação da autonomia privada;

(iii) Atos unilaterais merecem menor proteção que negócios bilaterais, que a parte tenha aceitado de forma (efetivamente) voluntária;

(iv) Quanto mais o exercício da autonomia privada estiver associado à definição de questões existenciais ou personalíssimas, ou à vida íntima ou afetiva de alguém, maior deve ser o peso da sua preservação; de outra parte, se a questão se aproximar mais do plano das questões econômicas, seu peso deve ser menor;

(v) Quanto mais essencial à vida humana for o bem envolvido na relação jurídica, menor deve ser a tutela da autonomia privada;

(vi) É preciso considerar a identidade particular de comunidades minoritárias, em especial dos grupos indígenas, evitando a imposição unilateral da identidade e dos valores majoritários sobre eles. "A incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não pode conduzir a uma homogeneização da

[1214] Com algumas modificações essas ideias foram extraídas de PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, cit., pp. 494-495; e SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., pp. 261-271.

comunidade"[1215].

5.5.2.1 Liberdade religiosa e relações familiares

Em que pese a proteção constitucional da família (CF/88, art. 226, *caput*), que lhe confere certa unidade sob a direção das mães e dos pais (CF/88, arts. 226, § 5º, e 229, primeira parte), não há dúvida de que todos os seus integrantes – ainda quando envolvam preocupações específicas[1216] – são titulares das liberdades do espírito, podendo exercê-las de forma autônoma entre si. Como associação (em sentido lato) especialmente íntima, unida por vínculos sentimentais e de parentesco, não há muito espaço para a imposição à família de deveres positivos decorrentes da liberdade religiosa[1217]. Naturalmente, isso não interfere com as obrigações legais decorrentes do parentesco (*e.g.*, alimentos), nem afasta o dever negativo correspondente a não gerar danos aos familiares, frustrando ou impedindo o exercício, por eles de sua liberdade religiosa[1218].

Sem dúvida, porém, as questões mais delicadas envolvem as crianças[1219] e as pessoas que, *e.g.*, por causa de alguma deficiência, tenham maior ou menor inaptidão para reagir ao mundo, formando convicções pertinentes, e para adequar a própria conduta a essas orientações. Essas situações, como visto, justificam uma forte restrição à independência ética, a ponto de submeter a pessoa, em certos casos, aos cuidados de outrem. É preciso ter em mente, porém, que se trata de cuidar de outrem no intesse deste e não como uma extensão do poder da vontade de quem decide; o incapaz não é, nem pode ser tratado, como o objeto das inclinações e preferências alheias. Isso suscita, pelo menos, três questões relevantes.

A *primeira* delas é a natureza da incumbência em tela: trata-se de uma *função – i.e.*,

---

[1215] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, cit., p. 494.

[1216] É o caso da criança, do adolescente e do jovem (art. 227), dos idosos (art. 230) e das pessoas com deficiência (CDPD; Dec. Leg. nº 186/2008, aprovado segundo o art. 5º, § 3º, da CRFB; Dec. nº 6.949/2009).

[1217] Como apontou a Suprema Corte dos EUA em *United States v. Jaycees*, 468 U.S. at 619-620 (1984), a família é protegida de forma especialmente intensa pela liberdade de associação, justamente em virtude da intimidade, do vínculo afetivo e da afinidade que a caracterizam.

[1218] Nessa linha, o Tribunal de Justiça de São Paulo condenou os familiares de um homem falecido ao pagamento de uma indenização por dano moral em favor dos filhos havidos de outra união, por não terem lhes informado sua morte e seu sepultamento em tempo, impedindo que participassem do velório. V. TJSP, *DJ* 14 abr. 2015, Apelação nº 1004206-12.2014.8.26.0564, Rel. Des. Luiz Antonio Costa.

[1219] O termo será empregado aqui de forma ampla, alcançando todos os menores de dezoito anos.

algo que se faz no interesse de outrem; é sempre o outro o referencial relevante[1220]. Daí a insistência no sentido de que as ações de quem a exerce se voltem ao "interesse superior", "melhor interesse" ou "interesse maior" *da criança*[1221], e a exigência de que as medidas tomadas no interesse das pessoas com deficiência "respeitem os direitos, a vontade e as preferências *da pessoa*, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida"[1222].

Já a *segunda* questão diz respeito à extensão e à profundidade de medidas como essas, que, como restrição à autodeterminação *prima facie*, devem ser "proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa" com deficiência[1223] e, quanto às crianças, aos adolescentes e aos jovens, devem acompanhar sua maturidade e o desenvolvimento da sua capacidade[1224]. Isto é: a qualificação jurídica de alguém como *criança, incapaz, pessoa com deficiência* não gera, de forma automática, um poder total em favor de outrem. Constituídas no interesse e como forma de proteção dessas pessoas, o exercício das competências que decorrem dessas categorias só se justifica na exata medida em que a limitação da sua independência ética o justifique. Dito de outra forma: deve-se assegurar ao próprio indivíduo o maior espaço de autonomia possível, compatível com a sua situação específica.

Em *terceiro* lugar, e por fim, há o problema de definir a quem cabe exercer o papel de representar ou auxiliar os incapazes e as pessoas com deficiência na tomada de decisões. Em

---

[1220] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 6. tir. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 53: "*Existe função, em Direito, quando alguém dispõe de um poder à conta de dever, para satisfazer o interesse de outrem, isto é, um interesse alheio*. Função, em síntese, é o exercício do interesse alheio de um poder exercido em conta de dever legal".

[1221] V., *e.g.*, Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), art. 100, IV; Convenção sobre os Direitos da Criança, art. 3º.

[1222] CDPD, art. 12.4.

[1223] CDPD, art. 12.4. Não por acaso, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) prevê a curatela como uma "medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível" (art. 84, § 3º), facultando, porém, "à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada" (art. 84, § 2º). Este último é regulado pelo Código Civil (art. 1783-A), que, desde o Estatuto, passou a não incluir mais, entre os absolutamente incapazes (art. 3º), "os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos", e "os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade"; e, entre os relativamente incapazes (art. 4º), "os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido" e "os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo". Agora figuram, neste último rol, "aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade" (inc. III).

[1224] Convenção sobre os Direitos da Criança, art. 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". V. também o art. 12.1: "1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança".

que pese a existência de um relativo consenso quanto à centralidade da família neste contexto, sempre se prevê a supervisão do Poder Público como forma de evitar a violência intrafamiliar e eventuais abusos[1225]. A competência do Estado pode ser maior ou menor, mas é preciso que haja instrumentos imparciais aptos a garantir, tanto quanto possível, que o "melhor interesse" dos incapazes ou das pessoas com deficiência efetivamente esteja sendo observado pelos familiares responsáveis ou quem exerça esse papel[1226]. Esse quadro reflete um equilíbrio delicado entre a família e o Estado, mas é possível dizer que, ao menos na ordem jurídica brasileira, o papel deste último é subsidiário; não lhe cabe substituir as decisões prudentes e razoáveis dos pais e responsáveis[1227], devendo intervir apenas em casos excepcionais. Exemplos disso são os casos de violência física, negligência ou abandono que, no limite, podem levar até à perda do poder familiar ou à extinção da tutela, da curatela ou da função de

[1225] Apesar de prever uma garantia institucional em favor da família (CRFB, art. 226, *caput*), a Constituição de 1988 explicitamente confere ao Poder Público a obrigação de cuidar de todos os seus membros: "O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (art. 226, § 8º). Na mesma linha, o Comitê para os Direitos da Criança (ONU), tratando da proteção das crianças contra punições como a corporal, afirma: "O preâmbulo da Convenção defende a família como o 'grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros'. A Convenção exige que os Estados respeitem e apoiem as famílias. Não há qualquer conflito [disso] com a obrigação dos Estados de garantir que a dignidade humana e a integridade física das crianças dentro da família receba proteção integral junto com os outros membros da família" (UNITED NATIONS. Committee on the Rights of the Child. *General Comment no. 8:* The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (arts. 19; 28, para. 2; and 37, inter alia) CRC/C/GC/8, 2 March 2007, § 27. Disponível em: <https://goo.gl/JRKwlV>. Acesso em 27 dez. 2016).

[1226] Em seu art. 12.4, a CDPD explicitamente prevê: "Os Estados Partes assegurarão que todas as medidas relativas ao exercício da capacidade legal incluam salvaguardas apropriadas e efetivas para prevenir abusos, em conformidade com o direito internacional dos direitos humanos. Essas salvaguardas assegurarão que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal respeitem os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sejam isentas de conflito de interesses e de influência indevida, sejam proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, se apliquem pelo período mais curto possível e sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa". Já o art. 19 da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece: "1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela. 2. Essas medidas de proteção deveriam incluir, conforme apropriado, procedimentos eficazes para a elaboração de programas sociais capazes de proporcionar uma assistência adequada à criança e às pessoas encarregadas de seu cuidado, bem como para outras formas de prevenção, para a identificação, notificação, transferência a uma instituição, investigação, tratamento e acompanhamento posterior dos casos acima mencionados de maus tratos à criança e, conforme o caso, para a intervenção judiciária".

[1227] PIDESC, art. 10.1: "Deve-se conceder à família, que é o elemento natural e fundamental da sociedade, as mais amplas proteção e assistência possíveis, especialmente para a sua constituição e enquanto ele for responsável pela criação e educação dos filhos [...]". A Suprema Corte dos EUA considerou violada a Constituição por decisão judicial que, sem dar qualquer peso à opinião da mãe, determinou que admitisse visitas mais longas dos avós paternos de seus filhos. Segundo a Corte, "desde que um pai cuide adequadamente de seus filhos (*i.e.*, seja apto), não haverá, em geral, qualquer razão para que o Estado intervenha no domínio privado da família para questionar a possibilidade de que tome as melhores decisões no que se refere à criação de seus filhos. [...] se a decisão de um pai apto, do tipo em questão aqui, se submete ao controle judicial, o tribunal deve conceder, ao menos, algum peso especial à decisão do próprio genitor" (*Troxel v. Granville*, 530 U.S. 57, at 68-70 (2000)).

apoiador[1228].

Especificamente quanto à liberdade religiosa, não há dúvida quanto a sua extensão, sem reservas, às crianças e às pessoas com deficiência[1229]. No entanto, quanto às primeiras, atribui-se a ambos os pais[1230] ou ao responsável o dever "de orientar a criança com relação ao exercício de seus direitos de maneira acorde com a evolução de sua capacidade"[1231]. Isso pode envolver a inserção da pessoa em uma comunidade religiosa e sua participação nas práticas por ela adotadas[1232]. De todo modo, é preciso observar, ao menos, duas espécies de limites:

(i) não se pode perder de vista que, à medida que a pessoa se desenvolve, maior a responsabilidade que se lhe deve reconhecer nessa matéria[1233] – *e.g.*, a oposição de um adolescente à participação em um ato religioso não pode ser ignorada para o fim de promover a crença dos seus pais[1234];

(ii) esteja ou não sob poder familiar ou outro tipo de assistência ou representação, a pessoa permanece dotada do valor intrínseco da dignidade humana e, por isso, não pode servir de objeto para a prática religiosa de outros indivíduos, ainda que sejam seus pais ou responsáveis[1235].

[1228] Código Civil, arts. 1.638, 1.766, 1.781 e 1.783-A, §§ 7º e 8º.

[1229] Convenção sobre os Direitos da Criança, art. 14. Embora a CDPD não trate explicitamente sobre o tema, é evidente que isso se extrai do seu sistema, como se pode ver no preâmbulo, que reconhece "a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas". Quanto às crianças, o ponto também foi destacado pelo Tribunal Constitucional da Espanha (v., *e.g.*, *STC 141/2000* e *STC 154/2002*).

[1230] O Superior Tribunal de Justiça decidiu que o pai de uma criança devia uma indenização em favor da mãe desta por por tê-la batizado sem seu conhecimento. Decidiu-se que "as responsabilidades sobre os filhos menores devem ser igualmente repartidas. Não há como atribuir essas responsabilidades em favor de um dos pais, em detrimento do outro". Dessa forma, "ao subtrair da recorrente o direito de presenciar a celebração de batismo do filho que tiveram em comum, [o pai] cometeu ato ilícito, ocasionando danos morais à mãe" (STJ, *DJ* 28 maio 2010, REsp 1.117.793/RJ, Relª. Minª. Nancy Andrighi). No Canadá, a Suprema Corte entendeu que, quando há disputa entre pais separados a respeito de religião, não é papel do Estado servir de árbitro na questão religiosa, cabendo-lhes assegurar a autoridade daquele a quem cabe a guarda da criança (*Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3).

[1231] Convenção sobre os Direitos da Criança, art. 14.2.

[1232] Há estudos que sugerem que "a espiritualidade e a religiosidade parecem estar positivamente associadas com o bem-estar psicológico e com reduzidos sintomas psiquiátricos em pessoas com sérias doenças mentais" (CORRIGAN, Patrick et al. Religion and spirituality in the lives of people with serious mental illness. *Community Mental Health Journal*, v. 39, n. 6, pp. 487-499, December 2003, pp. 495-496).

[1233] Discute-se, assim, a existência de uma "maioridade religiosa", *i.e.*, um momento que o adolescente passa a poder determinar-se no campo religioso. V. WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*, cit., p. 229 e ss; MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, cit., p. 259 e ss.

[1234] Nesse sentido, a Suprema Corte do Canadá afirmou que, ao examinar a imposição ou não de um tratamento, os tribunais deveriam considerar a maturidade da criança – ainda que com idade inferior à previsão legal (*A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, 2009 S.C.C. 30).

[1235] Nas palavras contundentes da Corte Constitucional da Colômbia, "[j]uridicamente é inconcebível que se trate uma pessoa – no caso *sub examine* uma menor – como um objeto dos pais, pois seu estatuto ontológico faz com que se lhe deva reconhecer, a todo momento, o direito à personalidade jurídica, que comporta a titularidade dos

Para pessoas capazes, a simples participação forçada em um ritual religioso seria ilícita por contrariar a sua consciência; para quem não pode decidir por si mesmo, contudo, o problema não é a afronta à autodeterminação – o atropelamento de uma manifestação válida de vontade –, mas a comprovação de um *dano*. Afinal, a liberdade de religião não autoriza ninguém a causar prejuízos a terceiros[1236]. Naturalmente, o juízo aqui não pode envolver uma crítica da crença em si, mas apenas os efeitos – repita-se: comprovados – que determinadas práticas da religião podem produzir sobre o sujeito[1237]. Por isso, embora a filiação religiosa dos pais seja, em geral, irrelevante para que se lhe conceda a guarda dos filhos, sua exposição a práticas religiosas que sejam comprovadamente danosas a sua integridade física ou psíquica por um dos pais pode justificar até que se negue a este sua guarda[1238]. A ideia não é que a sua formação religiosa dependa da preferências do juiz; esse papel cabe aos pais ou responsáveis, só sendo legítima a intervenção estatal em casos excepcionais[1239].

Não há dúvida de que a tutela dos direitos das crianças é uma finalidade legítima, que autoriza, em princípio, a atuação do Estado. Mais uma vez, a questão é de proporcionalidade. O batismo ou a circuncisão de um recém-nascido em contextos religiosos envolvem restrições mínimas, não muito diversas de um banho comum ou uma pequena intervenção cirúrgica, e não implicam o comprometimento definitivo de uma parcela significativa da vida. Nessas circunstâncias, o interesse do Estado na proteção da criança é atendido por medidas menos restritivas que a proibição total de sua participação nas cerimônias (*e.g.*, cuidados higiênicos na circuncisão). No extremo oposto estão os atos que, baseados na religião, implicam uma radical

---

direitos fundamentais, e principalmente dos direitos à vida, à integridade física, à saúde e ao livre desenvolvimento da personalidade. As crenças religiosas da pessoa não podem conduzir ao absurdo de pensar que, com fundamento nelas, se possa dispor da vida de outra pessoa, ou de submeter a grave risco sua saúde e sua integridade física, máxime quando se trata de um menor de idade, cujo condição indefesa faz com que o Estado lhe outorgue uma proteção especial" (*Sentencia T-411 de 1994*).

[1236] CHEMERINSKY, Erwin; GOODWIN, Michele. Religion is not a basis for harming others, cit., p. 1122.

[1237] Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e de Discriminação Baseadas em Religião ou Crença, art. 5.5: "A prática da religião ou convicções em que se educa uma criança não deverá prejudicar sua saúde física ou mental nem seu desenvolvimento integral levando em conta o '§ 3º do artigo 1º', da presente Declaração". O referido parágrafo cuida dos limites às restrições à liberdade de consciência.

[1238] CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Ismailova v. Russia*, no. 37614/02, §§ 60-63, 29 November 2007; CANADÁ. Suprema Corte. *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; ESPANHA. Tribunal Constitucional. *STC 141/2000*.

[1239] Com grande sensibilidade, um juiz inglês (Justice Moylan) assim concluiu a liminar em que, contrariando a crença dos pais de uma criança doente, autorizou que o hospital realizasse nela uma transfusão de sangue: "Por fim, se puder repetir, sou extremamente grato ao pai de B por ter me explicado tão clara e calmamente a posição dele e da mãe de B. Não tenho qualquer dúvida de que amam muito seu filho. Tampouco duvido de que não aceitam que B receba a transfusão de sangue por força de devotada crença. Espero que entendam por que cheguei à decisão que tomei, dirigida que está no sentido do bem-estar de B" (*An NHS Trust v Child B & Ors* [2014] EWHC 3486 (Fam), § 22).

e definitiva interferência dos pais ou responsáveis sobre os direitos das crianças – especialmente sua vida ou integridade física. É o que ocorre, *e.g.*, com a mutilação genital feminina[1240] ou com a recusa de tratamento médico necessário para lidar com riscos graves à vida e à saúde de crianças[1241]. Nesses casos, o caráter definitivo e irreparável do ato o torna personalíssimo, impedindo que seja promovido conforme a compreensão de terceiros.

Em circunstâncias como essas, a proteção à vida, em especial, deve prevalecer – até porque o indivíduo, sobrevivendo, pode até vir a adotar outra religião[1242]. Ninguém deve ter poder de vida e morte sobre outrem; nem os pais de uma criança[1243]. Relembre-se: trata-se de uma *função*, exercida no interesse de outrem, cuja importância é sempre superior; como seu papel é fiduciário, e nunca substitutivo, a sobrevivência da pessoa é um pressuposto – a ideia é que seja auxiliada ao longo do seu desenvolvimento, até o ponto de assumir total autonomia e decidir por si própria[1244]. *Mutatis mutandis*, tudo isso se aplica às pessoas com limitações

---

[1240] Nos EUA, a prática da mutilação em menores foi criminalizada em âmbito federal em 1996 (18 U.S.C. § 116). No Reino Unido, isso ocorreu com o *Female Genital Mutilation Act 2003* (c. 31). No âmbito do Conselho da Europa, a Convenção de Istambul de 2011 (Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica) exige a criminalização da mutilação genital feminina (art. 38) e determina que "a cultura, os costumes, a religião, a tradição ou a pretensa 'honra' não sejam considerados como justificação" para esses delitos (art. 42).

[1241] COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-411 de 1994*; *Sentencia T-474 de 1996*. Nos EUA, mesmo leis estaduais que admitem a recusa de tratamento, pelos pais, por motivo religioso, preveem que os tribunais podem autorizar o procedimento nesses casos. A ausência de legislação específica também não impede que ordens como essa sejam proferidas. V. MASSIE, Ann MacLean. The religion clauses and parental health care decisionmaking for children: suggestions for a new approach. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, v. 21, pp. 725-775, Spring 1994, p. 730.

[1242] Um caso ocorrido no Reino Unido ilustra a importância do consentimento atual e personalíssimo para a recusa do tratamento. Uma mulher de vinte e quarto anos, criada como muçulmana e convertida à fé das testemunhas de Jeová, foi internada e sedada, e precisava de transfusão de sangue para uma cirurgia. Embora ela tivesse firmado, tempos antes, um documento recusando o referido tratamento por motivos religiosos, seu pai demonstrou em juízo que ela havia retornado ao Islã – o que afastaria o fundamento para sua recusa. No mínimo, as provas apresentadas suscitaram dúvidas sobre a vigência da vontade expressa no referido documento e elas deveriam ser resolvidas em favor da preservação da vida da paciente. Foi o que decidiu o juiz de plantão (Justice Munby) da *England and Wales High Court (Family Division)*, ao conceder a ordem para que a transfusão fosse feita, se necessária. V. REINO UNIDO. *HE v Hospital NHS Trust & Anor* [2003] EWHC 1017 (Fam).

[1243] Foi o que decidiu a Suprema Corte dos EUA, que, além de afirmar que o "poder do Estado sobre as atividades das crianças é maior do que sobre condutas semelhantes praticadas por adultos", destacou que os "pais podem ser livres para fazerem de si mesmos mártires", mas não "para fazer de seus filhos mártires, antes que tenham atingido a idade de total autonomia jurídica, quando possam fazer tal escolha por si mesmos" V. *Prince v. Commonwealth of Massachusetts*, 321 U.S. 158, at 168, 170 (1944). A mesma orientação foi aplicada, por simples remissão ao precedente, sem fundamentação adicional, em caso envolvendo a recusa de transfusão de sangue por filhos de testemunhas de Jeová (*Jehovah's Witnesses, St., Washington v. King Cty. Hosp.*, 278 F. Supp 488 (W.D. Wash. 1968), *aff'd*, 390 U.S. 598 (1968)).

[1244] Disso não se extrai, contudo, que os pais de uma criança, tendo recusado o tratamento que poderia salvar sua vida, devam ser responsabilizados por homicídio. Foi o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em *habeas corpus* concedido de ofício em razão de empate: "não há falar em tipicidade da conduta dos pais que, tendo levado sua filha para o hospital, mostrando que com ela se preocupavam, por convicção religiosa, não ofereceram consentimento para transfusão de sangue – pois, tal manifestação era indiferente para os médicos, que, nesse cenário, tinham o dever de salvar a vida. Contudo, os médicos do hospital, crendo que se tratava de medida indispensável para se evitar a morte, não poderiam privar a adolescente de qualquer procedimento, mas, antes, a

cognitivas e volitivas, temporárias ou permanentes, que não tenham condições de decidir acerca de tratamentos médicos[1245].

Em matéria de educação e orientação ética em geral – no que se inclui a crença religiosa –, há uma inegável e continuamente reafirmada precedência dos familiares e mesmo dos demais responsáveis, como tutores e curadores[1246], que é potencializada em um Estado laico, impedido de promover concepções éticas específicas. A relevância das atividades de ensino não transige com a imposição de um modelo monolítico; ao contrário, exige-se o respeito ao "pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas" e à "liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber", que se traduzem, por sua vez, na "coexistência de instituições públicas e privadas de ensino" (CF/88, art. 206, II e III). Diante do papel destacado da família neste tema, também a possibilidade de escolher outras escolas, que não as administradas pelo Poder Público, decorre da liberdade dos responsáveis de orientar o ensino das crianças[1247].

---

eles cumpria avançar no cumprimento de seu dever profissional" (STJ, *DJ* 28 out. 2014, HC 268.459/SP, Rel.ª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura). Pelas razões expostas acima, não há como concordar com a parte final do trecho transcrito. De todo modo, em sua primeira parte, o excerto faz eco à preocupação do Tribunal Constitucional Federal alemão, que, em um caso concreto, concluiu pela desproporcionalidade da sanção penal diante da natureza religiosa da obrigação envolvida, afastando-se a condenação penal, por omissão de socorro, aplicada a um homem que não convencera a esposa a se submeter a tratamentos médicos porque a religião comum ao casal admitia apenas a oração (BVerfGE 32, 98 (Gesundbeter). In: SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, cit., p. 353). Isto é: o atendimento a um dever religioso não é uma escusa geral contra qualquer lei, inclusive de natureza penal; mas tampouco pode ser equiparado à futilidade ou à simples resistência ao cumprimento do direito. O Tribunal Constitucional espanhol afastou a responsabilidade penal de pais, testemunhas de Jeová, que haviam sido condenados pela morte de seu filho em circunstâncias semelhantes às examinadas pelo STJ brasileiro. No processo passado na Espanha, os pais se negaram a consentir com a transfusão, mas não impediram o hospital de fazer o procedimento depois de obtida decisão judicial nesse sentido. Para o Tribunal, violaria a liberdade religiosa dos pais exigir que tentem convencer o filho a realizar um procedimento que é vedado por sua crença comum ou que autorizem sua prática, sendo certo que sua recusa não impediu a intervenção estatal – a que não se opuseram (*STC 154/2002*).

[1245] Em um caso envolvendo um rapaz de vinte e seis anos, com deficiência, filho de uma testemunha de Jeová, autorizou-se o uso da transfusão de sangue, mas apenas se absolutamente necessário, segundo os médicos, para preservar a vida do paciente. A decisão foi de Sir Declan Morgan, *Lord Chief Justice of Northern Ireland* ([2013] NIFam 8).

[1246] DUDH, art. 26 (3): "Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos"; PIDCP, art. 18 (4): "Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais 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"; PIDESC, art. 13.3: "Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções"; CADH , art. 12 (4): "Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções".

[1247] PIDESC, art. 13: "[...] 3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, quando for o caso, dos tutores legais de escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas, sempre que atendam aos padrões mínimos de ensino prescritos ou aprovados pelo Estado, e de fazer com que seus filhos venham a receber educação religiosa ou moral que esteja de acordo com suas próprias convicções. 4. Nenhuma das disposições do presente artigo poderá ser interpretada no sentido de restringir a liberdade de indivíduos e de entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que respeitados os princípios

Contudo, a educação deve se dirigir não só "ao pleno desenvolvimento da pessoa" e "sua qualificação para o trabalho", mas também a "seu preparo para o exercício da cidadania" (CF/88, art. 206), além de "fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais" e "capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos"[1248]. Sem dúvida, cabe aos pais "escolher o tipo de educação a ser dada aos seus filhos", mas, em qualquer caso, é preciso "que esteja de acordo com os princípios enunciados acima"[1249]. Por isso, o Poder Público tem o interesse legítimo de inserir os valores do Estado democrático de Direito na formação das crianças, não só no conteúdo das aulas e na fiscalização das atividades privadas de ensino[1250], mas também por sua participação em ambientes plurais[1251], estimulando a convivência com pessoas diferentes e o desenvolvimento da tolerância. Isso é fundamental para capacitar as crianças, uma vez que atinjam a maturidade, a conformar livremente suas concepções éticas, inclusive deixando as comunidades em que cresceram[1252].

O papel do Estado, porém, não é homogeneizar a educação, mas definir padrões mínimos de conteúdo e qualidade, e fiscalizar sua observância pelas instituições de ensino, mas sem esvaziar o pluralismo que deve existir na matéria. Em particular, embora os pais e responsáveis não tenham o poder de dirigir a definição do currículo mínimo das escolas – que cabe ao Poder Público –, este não pode usurpar o direito dos pais na orientação religiosa dos filhos, seja exigindo a sua matrícula em cursos religiosos, qualquer que seja a preferência de seus pais; seja conduzindo as demais aulas a partir de um ponto de vista não secular ou

---

enunciados no parágrafo 1 do presente artigo e que essas instituições observem os padrões mínimos prescritos pelo Estado".

[1248] PIDESC, art. 13.1; PSS, art. 13.2. Em linha semelhante, v. DUDH, art. 27.2.

[1249] PSS, art. 13.4.

[1250] CRFB, arts. 209 e 210: "Art. 209. O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público. Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais". Algo semelhante foi destacado pela Suprema Corte do Canadá (*R. v. Jones*, [1986] 2 SCR 284).

[1251] Trata-se de uma finalidade legítima, tanto que, segundo o Supremo Tribunal Federal, uma das razões que justifica a política de cotas raciais para ingresso em universidades é "assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição" (STF, *DJ* 20 out. 2014, ADI 186/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

[1252] SANTIAGO NINO, Carlos. *Ética e direitos humanos*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2011, p. 384.

proselitista[1253].

5.5.2.2 Liberdade religiosa e relações de trabalho

Além das famílias, a aplicação da liberdade religiosa às relações privadas se coloca também em dois outros cenários principais: nas relações laborais e na prestação de atividades econômicas ao público (*e.g.*, comércio de alimentos). Comum a ambos é a frequente (ou até presumida) presença de uma assimetria de fato entre trabalhador e empregador, e entre consumidor e fornecedor, que, traduzindo-se em uma relação de poder, torna particularmente pertinente a invocação de direitos fundamentais neste contexto.

Como adiantado, em atendimento ao art. 5º, XLI, da Constituição, a lei federal tipificou criminalmente a discriminação religiosa no acesso ao emprego ou no regime de trabalho, bem como na entrada e no atendimento em estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços[1254]. Mas a questão também tem repercussões cíveis relevantes. Nessa linha, o Tribunal Superior do Trabalho manteve a condenação de uma empresa pela dispensa discriminatória de um funcionário com base em sua religião[1255] e reformou acórdão que havia negado o pagamento de indenização em favor de uma empregada que, por usar o véu islâmico, sofria com comentários desrespeitosos e piadas no local de trabalho[1256]. Assim, mais do que não praticar

---

[1253] Sobre o tema, estão em plena sintonia as interpretações adotadas pelos Comitês de Direitos Humanos (*General comment no. 22*, cit., § 6) e de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais da ONU (*General comment no. 13*, cit., § 28). Segundo os dois órgãos, o poder dos pais de orientar seus filhos no plano religioso não impede o Estado de ministrar disciplinas que, como a Ética e a História das Religiões, discutam temas igualmente discutidos pelas religiões. No entanto, é preciso que o Poder Público o faça de forma não tendenciosa e objetiva, respeitando as divergências de opinião. Quanto ao ensino de uma religião, ele é permitido nas escolas públicas, desde que seja possível acomodar a vontade dos responsáveis por meio de exceções ou alternativas não discriminatórias. Foi justamente porque a legislação norueguesa não assegurava uma isenção total em relação a uma disciplina que tendia à doutrinação cristã que a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou existente uma violação ao art. 2º do Protocolo nº 1 à Convenção Europeia no caso *Folgerø and Others v. Norway* [GC], no. 15472/02, § 102, 29 June 2007.

[1254] Lei nº 7.716/1989, arts. 4º a 10. Com a Lei nº 9.459/1997, os crimes previstos no diploma passaram a abarcar também os resultados de preconceito ou discriminação relativa a etnia, religião ou procedência nacional.

[1255] TST, *DJ* 8 maio 2015, AIRR-1786-76.2013.5.10.0016, Rel. Min. Jane Granzoto Torres da Silva.

[1256] TST, *DJ* 13 set. 2013, RR-37200-77.2006.5.02.0025, Rel. Min. Aloysio Corrêa da Veiga. Confira-se a ementa do acórdão: "RECURSO DE REVISTA. VENDEDORA. DESRESPEITO À OPÇÃO RELIGIOSA. ASSÉDIO E DANO MORAL. USO DE VÉU. CONVERSÃO AO ISLAMISMO. O uso do véu é um mandato corânico cuja função é mostrar correspondência entre o aspecto exterior e a crença interior; é uma forma de identificar e proteger a mulher muçulmana. A conduta, nas relações de trabalho, deve se dar levando em consideração o ambiente de trabalho, que se caracteriza pelo respeito às diferenças culturais e religiosas. Logo, a adoção de postura desrespeitosa, piadista em relação à fé da autora, demonstra culpa e descuido da empresa com o ambiente de

atos de discriminação, é dever do empregador, no exercício do seu poder de direção, se esforçar para que o ambiente de trabalho não seja tóxico para os empregados[1257]. Isso inclui, *e.g.*, o exercício do poder disciplinar sobre os funcionários que, dedicando-se ao proselitismo no local de trabalho, perturbem excessivamente seus colegas[1258].

Além da *discriminação direta – i.e.*, dirigida contra alguém ou um grupo em razão de suas crenças –, a preocupação deve se voltar também para as hipóteses de *discriminação indireta*, que ocorrem quando uma medida aparentemente neutra produz efeitos bem mais gravosos sobre alguém ou um grupo por causa de sua religião[1259]. É o caso, *e.g.*, da pretensão do empregado à observância de feriados ou dias de guarda, intervalos para orações, certo vestuário e alimentação, quando estes colidem com as normas adotadas pela empresa. Sobre o tema, uma orientação extremada foi adotada pelo Tribunal Constitucional da Espanha, que considerou válida a dispensa com justa causa de uma funcionária que, convertida à Igreja Adventista do Sétimo Dia, viu-se impedida por sua religião de trabalhar aos sábados. Ela solicitara à empresa uma mudança de turno ou o desconto na remuneração correspondente a esses dias, mas seu pleito não fora aceito. Para o Tribunal, a invocação dos direitos previstos

---

trabalho, configurando verdadeira ofensa a opção religiosa da reclamante, ainda mais diante do significado solene do uso do véu islâmico. Recurso de revista conhecido e provido".

[1257] TST, *DJ* 15 maio 2015, ARR-725-66.2012.5.04.0281, Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda. Apontou-se que se havia "demonstrado que o ambiente de trabalho era agressivo para a empregada, e que o empregador não agiu de forma a buscar um ambiente de trabalho saudável. Pelo contrário, foi tolerante com a conduta discriminatória dos outros empregados, pois entendia ser normal a perseguição. [...] a omissão do empregador o torna responsável pela indenização, em razão de ser detentor do poder diretivo, fiscalizatório e disciplinar na relação empregatícia, com dever de censurar e até mesmo punir os empregados agressores". Entre outras razões, a autora era hostilizada por pertencer à Assembleia de Deus.

[1258] FRANÇA. Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme. *Avis sur la laïcité*, 26 septembre 2013. Disponível em: <http://www.cncdh.fr/sites/default/files/avis_laicite-ap-26_09_2013_0.pdf>. Acesso em: 25 set. 2016, p. 7. Nesse país, considerou-se lícita a dispensa de um animador de uma colônia de férias (*centre de loisirs*) que leu a Bíblia para as crianças e distribuiu a elas panfletos em favor de sua religião (CPH Toulouse 9 juin 1997).

[1259] AHDAR, Rex; LEIGH, Ian. *Religious freedom in the liberal state*, cit., p. 353 e ss. O ponto é assim definido pelo art. 2º da Diretiva 2000/78/CE, de 27 de novembro de 2000 (União Europeia): "Conceito de discriminação. 1. Para efeitos da presente directiva, entende-se por 'princípio da igualdade de tratamento' a ausência de qualquer discriminação, directa ou indirecta, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1º. 2. Para efeitos do nº 1: a) Considera-se que existe discriminação directa sempre que, por qualquer dos motivos referidos no artigo 1.o, uma pessoa seja objecto de um tratamento menos favorável do que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável; b) Considera-se que existe discriminação indirecta sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja susceptível de colocar numa situação de desvantagem pessoas com uma determinada religião ou convicções, com uma determinada deficiência, pessoas de uma determinada classe etária ou pessoas com uma determinada orientação sexual, comparativamente com outras pessoas, a não ser que: i) essa disposição, critério ou prática sejam objectivamente justificados por um objectivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários, ou que, ii) relativamente às pessoas com uma determinada deficiência, a entidade patronal, ou qualquer pessoa ou organização a que se aplique a presente directiva, seja obrigada, por força da legislação nacional, a tomar medidas adequadas, de acordo com os princípios previstos no artigo 5º, a fim de eliminar as desvantagens decorrentes dessa disposição, critério ou prática".

na Constituição não "poderia ser usada por uma das partes contratantes para impor à outra as modificações da relação contratual que considere oportunas"; a autora buscaria que "se lhe dispensasse o cumprimento de obrigações que livrevemente aceitou e que considera compatíveis com o direito, de maneira que não se extraia de seu descumprimento a necessária consequência da dispensa laboral"[1260]. Essa linha foi observada pela Comissão Europeia de Direitos Humanos, que considerava não haver sequer interferência com a liberdade religiosa se a pessoa tivesse assumido e pudesse deixar voluntariamente um emprego que impedisse a prática de sua religião[1261] – o que chegou a ser chancelado pela Corte[1262].

Nos EUA, o tema é objeto do *Civil Rights Act (1964)*, que exige a *acomodação razoável* das práticas religiosas dos funcionários – considerando-se razoável a medida que não imponha ônus excessivos à empresa ("*undue hardship on the conduct of the employer's business*)[1263]. Segundo a Suprema Corte, cabe ao empregador oferecer uma forma aceitável de remover o atrito entre a política da empresa e a religião do trabalhador, mas não é necessário que a medida adotada seja a preferida pelo empregado[1264]. Ainda de acordo com a Corte, são ônus excessivos à empresa os que superam os custos *de minimis*[1265] – segundo a *U.S. Equal Employment Opportunity Commission*, estes incluem não só custos financeiros diretos (*e.g.*, a contratação permanente de pessoal adicional), mas também prejuízos à condução da atividade (*e.g.*, perda de eficiência por parte de outros empregados; repercussões sobre direitos ou benefícios de outros funcionários; riscos à segurança do ambiente de trabalho; imposição desproporcional, sobre terceiros, da carga de trabalho que caberia ao beneficiário da acomodação; possível afronta a outras normas)[1266]. Compete ao empregador comprovar que ofereceu a acomodação

---

[1260] *STC 19/1985*, FJ 1º.

[1261] *Konttinen v. Finland*, no. 24949/94, 3 December 1996; *Stedman v. the United Kingdom*, no. 27107/95, 9 April 1997.

[1262] *Kosteski v. "the Former Yugoslav Republic of Macedonia"*, n. 55170/00, § 37, 13 April 2006.

[1263] 42 U.S.C. §§ 2000e (j), 2000e-2. Segundo a regulamentação da *U. S. Equal Employment Opportunity Commission*, esses ônus envolvem principalmente os custos necessários para a acomodação (29 C.F.R. § 1605.2 (e) (1)), mas também podem estar associados a prejuízos a terceiros, como a violação a uma política legítima de antiguidade (§ 1605.2 (e) (2)). Já se adianta que medidas como substituições voluntárias entre empregados, a flexibilidade dos turnos de trabalho e as transferências de funcionários para outras atividades ou setores são razoáveis (§ 1605.2 (d)).

[1264] *Ansonia Board of Education v. Philbrook*, 479 U.S. 60 (1986). Apontou-se, contudo, que não é razoável uma medida, promovida a título de acomodação, quando outra, mais favorável, é concedida a outros empregados, por razões não religiosas. O exemplo dado na decisão é o do afastamento não remunerado, que não será considerado razoável se o afastamento *remunerado* for admitido para todos os fins, exceto os de natureza religiosa (at 70-71).

[1265] *Trans World Airlines, Inc. v. Hardison*, 432 U.S. 63 (1977).

[1266] EEOC Compliance Manual § 12-IV (B) (2).

ou que ela envolveria ônus excessivos[1267]. O direito comunitário europeu também já foi interpretado dessa forma[1268].

Por incorporar a ideia de tolerância exposta linhas acima, a exigência de *acomodação razoável* é plenamente aplicável no Brasil. Ela até já foi adotada pelo Tribunal Superior do Trabalho, que fez menção expressa à ponderação entre os direitos fundamentais em choque[1269]. Entendimento semelhante foi seguido pela Suprema Corte do Canadá, também na ausência de disposição textual nesse sentido[1270]. O mesmo fez a Corte Europeia de Direitos Humanos, que

---

[1267] V., *e.g.*, *EEOC* v. *Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, 575 U. S. ____ (2015).

[1268] O art. 2º (2) (b) (i) da Diretiva 2000/78/CE afasta a caracterização de discriminação indireta quanto a "disposição, critério ou prática [adotados pela empresa] sejam objectivamente justificados por um objectivo legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários". A exigência de necessidade aqui diz respeito justamente à impossibilidade de acomodação, como decidiu a Comissão de Tratamento Igualitário dos Países Baixos, segundo LOENEN, Titia. Accommodation of religion and sex equality in the workplace under the EU equality directives: a double bind for the European Court of Justice. In: ALIDADI, Katayoun; FOBLETS, Marie-Claire; VRIELINK, Jogchum (Eds.). *A test of faith?* Religious diversity and accommodation in the European workplace. London: Routledge, 2016, p. 111. Na mesma linha, interpretando o direito vigente na França e as normas comunitárias, v. FRANÇA. Commission Nationale Consultative des Droit de l'Homme. *Avis sur la laïcité*, cit., p. 8: "Cabe ao empregador justificar a necessidade e a proporcionalidade de sua decisão diante das tarefas concretas de cada empregado e do contexto de sua execução, a fim de demonstrar que sua decisão é necessária e proporcional e que ela se sustenta sobre elementos objetivos estranhos a qualquer discriminação". Apontando ser razoável supor que a Diretiva incorporou um dever de acomodação razoável, v. VICKERS, Lucy. *Religion and belief discrimination in employment – the EU law*. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2007, p. 19 e ss.

[1269] TST, *DJ* 30 jun. 2015, RR-51400-80.2009.5.21.0017, Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann: "RECURSO DE REVISTA. PRETENSÃO DO RECLAMANTE DE NÃO TRABALHAR AOS SÁBADOS EM RAZÃO DE PROFESSAR A RELIGIÃO ADVENTISTA. [...] conforme doutrina de Hermenêutica hoje majoritariamente aceita, o conflito aparente entre princípios constitucionais (diferentemente do que se dá entre meras regras do ordenamento) resolve-se por meio da busca ponderada de um núcleo essencial de cada um deles, destinada a assegurar que nenhum seja inteiramente excluído daquela determinada relação jurídica. [...] a pretensão deduzida pelo Reclamante de não trabalhar aos sábados é perfeitamente compatível com a faceta organizacional do poder diretivo da Reclamada: afinal, o e. TRT da 21ª Região chegou até mesmo a registrar a localidade em que o Reclamante poderia fazer os plantões de finais de semana [...], sendo certo que contra esse fundamento a Reclamada nada alega na revista ora sub judice. 6. Tem-se, portanto, que, conforme brilhantemente destacado pelo i. Juízo a quo, a procedência da pretensão permite a aplicação ponderada de ambos os princípios em conflito aparente. 7. Já a improcedência da pretensão levaria ao resultado oposto: redundaria não apenas na impossibilidade de o Reclamante continuar a prestar serviços à Reclamada – posto que as faltas ocorridas em todos os sábados desde 2008 certamente implicariam alguma das condutas tipificadas no artigo 482 da CLT – e na consequente privação de direitos por motivo de crença religiosa de que trata a parte inicial do artigo 5º, VIII, da Constituição Federal de 1988; como também, de quebra, na afronta também à parte final daquele mesmo dispositivo, já que a obrigação a todos imposta pelos artigos 7º, XV, da Constituição e 1º da Lei nº 605/49 é apenas de trabalhar no máximo seis dias por semana, e não de trabalhar aos sábados. 8. Por outro lado, para ser considerada verdadeira, a extraordinária alegação de que a vedação de trabalho do Reclamante aos sábados poderia vir a colocar em xeque o fornecimento de energia elétrica no Estado do Rio Grande do Norte demandaria prova robusta, que não foi produzida - ou pelo menos sobre ela não se manifestou o i. Juízo a quo, o que dá na mesma, tendo em vista a Súmula nº 126 do TST".

[1270] *Ont. Human Rights Comm. v. Simpsons-Sears*, [1985] 2 S.C.R. 536. O caso envolvia a situação de um moça que, tendo se tornado adventista do sétimo dia, não poderia mais trabalhar do fim da tarde de sexta-feira ao fim da tarde de sábado. A empresa inicialmente afirmou não ser possível acomodar seus deveres religiosos, mas, faltando uma semana para o fim da relação de trabalho, lhe ofereceu outro emprego, de meio expediente, com a consequente redução em remuneração e benefícios. Todas as vagas que surgiam para posições de tempo integral ou estavam fora das suas qualificações ou exigiam trabalho aos sábados. Conferindo uma leitura teleológica à lei provincial que apenas vedava a discriminação religiosa, a Suprema Corte decidiu em favor da moça. Segundo o acórdão, o

desautorizou a orientação anterior da Comissão[1271]. Também a jurisprudência francesa parece observar esse raciocínio[1272], apontado como uma tendência na interpretação da vedação à discriminação pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias[1273]. Na Colômbia, a Corte Constitucional rejeitou a ideia de que o exercício da liberdade religiosa pelos empregados seria condicionado a um acordo com a empresa – a negociação alcançaria apenas os termos necessários à acomodação da medida na organização empresarial[1274].

De fato, é (no mínimo) questionável o peso e a generalização da afirmação de que as pessoas aceitariam voluntariamente os termos do contrato de trabalho – que, diante da assimetria entre empregadores e trabalhadores, incorpora a indisponibilidade individual de direitos como princípio básico. Além disso, se é certo que a liberdade religiosa não é absoluta, o mesmo se aplica à liberdade de empresa; a obtenção de lucro não decorre apenas das boas iniciativas dos empresários, mas também da estrutura institucional que protege a eles, seus bens e a segurança das suas relações, para a qual contribuem todas as pessoas em algum grau. Se justa é a ordem jurídica que trata a todos com igual respeito e consideração, o preço por se beneficiar dela é aceitar, tanto quanto possível, os "inconvenientes" gerados pelo pluralismo. Ainda mais importante, em uma economia de mercado, o gozo efetivo do direito fundamental ao trabalho[1275] depende de que os agentes econômicos privados ofereçam acesso ao emprego e a permanência nele em termos equitativos[1276], de forma que a simples filiação a uma crença não prejudique seus membros. Isso exige não só uma abstenção da prática de discriminação direta,

---

objetivo da norma não seria punir quem discrimina, mas oferecer um remédio para quem sofre a discriminação – assim considerada não só uma política diretamente prejudicial a um grupo, mas também aquela que, parecendo neutra, atinja uma denominação com particular intensidade. No primeiro caso, a contrariedade à lei seria evidente, a não ser que a distinção fosse justificável; no segundo, a ilicitude só ocorreria se o empregador não tomasse as medidas razoáveis para acomodar a prática religiosa do empregado. Para a Corte, seriam razoáveis as medidas que não impusesem um "ônus excessivo" sobre a condução da empresa ou custos elevados.

[1271] *Eweida and Others v. the United Kingdom*, nos. 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, § 83, 15 January 2013.

[1272] Segundo CACERES, Gabrielle. Reasonable accommodation as a tool to manage religiouse diversity in the workplace: what about the "transposability" of an American concept into the French secular context? In: ALIDADI, Katayoun; FOBLETS, Marie-Claire; VRIELINK, Jogchum (Eds.). *A test of faith?* Religious diversity and accommodation in the European workplace. London: Routledge, 2016, p. 313 e ss.

[1273] McCREA, Ronan. *Religion and the public order of the European Union*. Oxford: Oxford, 2014, pp. 155-156.

[1274] *Sentencia T-982 de 2001*. No caso apontou-se que o acordo seria necessário para decidir como e em que termos a funcionária, adventista, compensaria o tempo de trabalho dedicado à observância do Sabbath.

[1275] CRFB, art. 6º; DUDH, art. 23; PIDESC, art. 6º (1); PSS, art. 7º.

[1276] A proibição de discriminação no acesso ao emprego e no regime trabalhista encontra-se presente no art. 7º, XXX e XXXI, da Constituição, que, embora não falem em religião, devem ser lidos de forma ampliativa (não se justifica uma leitura que autorize a discriminação de alguém, qualquer que seja o seu motivo). Além disso, o Protocolo de San Salvador é claro ao estatuir que "o direito ao trabalho (...) pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, equitativas e satisfatórias" (PSS, art. 7º).

mas também, e na medida em que o permita a livre condução de um negócio com fins lucrativos, a acomodação daqueles que, sem ela, ficariam privados do posto de trabalho[1277].

Especificamente quanto aos dias de guarda e repouso, não se pode ignorar o fato de que a legislação brasileira privilegia o cristianismo e, em particular, o catolicismo. Além da lista de feriados religiosos, a preferência pelo domingo como o dia do repouso remunerado (CRFB, art. 7º, XV) favorece boa parte dos cristãos. Os demais empregados ou candidatos a uma vaga de trabalho ficam em uma posição desvantajosa em relação à maiora, cujos dias de guarda, já acolhidos pela legislação estatal, podem ser respeitados sem "custos" adicionais para as empresas. Por maior que seja a conveniência da uniformização de dias de repouso ou guarda – seja ou não legítima em tese –, é evidente que ela gera uma vantagem para um grupo específico com base em suas crenças. Para promover a isonomia, o mínimo que se pode fazer é reconhecer o mesmo direito aos fiéis de outras religiões, a fim de que possam, tal como muitos cristãos, observar seus dias religiosos.

Mas não é preciso concordar com tudo o que se disse acima para concluir no mesmo sentido. Com efeito, só a inaceitável compreensão da liberdade de empresa como um direito absoluto permitiria sua prevalência diante da liberdade religiosa quando a acomodação dessa última puder ser feita com custos mínimos (*de minimis*), que em nada afetem a sua capacidade operacional. Trata-se simplesmente do indispensável para que possa falar em tolerância.

Do que se viu acima se extraem dois testes. O *primeiro* diz respeito à discriminação direta: verificando-se que a política adotada pelo empregador se dirige especificamente contra um grupo religioso, ela só será lícita, conforme visto, se: **(i)** promover, de forma proporcional, um fim legítimo; e **(ii)** houver uma relação lógica entre o critério de *discrimen* e o tratamento diferenciado (*e.g.*, a vedação à admissão de pessoas de outras crenças como professores de religião em uma escola confessional católica). Caso não atenda a esses requisitos, a política será inválida em caráter abstrato.

Já o *segundo* teste envolve a discriminação indireta. Nesses casos, a política seguida pela empresa é aparentemente neutra em matéria de religião, mas afeta de forma negativa especialmente os membros de certa(s) denominação(ões). O problema aqui não é a medida em si, que é isonômica em tese, mas sua aplicação concreta. A questão que se coloca, portanto, não é se a política da empresa deve ou não ser afastada, e sim até que ponto é razoável exigir que o empregador a adapte pontualmente para acomodar a prática religiosa de seu empregado. Esse

[1277] Ciente do dever de promover a inclusão de grupos especialmente vulneráveis, a Constituição exige, *e.g.*, incentivos específicos para proteção do mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX).

teste é feito em duas etapas, devendo-se aferir se: **(i)** a empresa tinha conhecimento das práticas religiosas pretendidas pelo empregado; **(ii)** seriam elevados os custos financeiros, de eficiência ou organização que sua acomodação geraria para o empregador, além dos ônus impostos sobre direitos de terceiros ou outros fins relevantes (*e.g.*, saúde pública). Ainda que, no plano criminal, o *animus* de discriminar possa ser relevante, no âmbito trabalhista só o que o empregado deve demonstrar é a sinceridade da sua crença; cabe à empresa o ônus de provar o caráter excessivo dos ônus que a acomodação demandaria ou, pelo menos, a recusa do funcionário a uma acomodação razoável efetivamente oferecida. A ideia é que a decisão do empregador de não admitir um funcionário ou dispensá-lo não pode ter sido uma tentativa de evitar uma acomodação viável[1278].

Tudo isso costuma ser mitigado quando o empregador é uma organização religiosa ou mesmo outra entidade privada dedicada à propagação de valores religiosos (*e.g.*, fundação instituída para a difusão do luteranismo). Em vários lugares, como no Brasil, o próprio regime dos ministros religiosos é afetado – tanto assim que nem mesmo se presumem empregados das organizações em que atuam[1279]. Nos EUA, sua posição peculiar justifica a assim chamada exceção ministerial (*ministerial exception*): não há discriminação indevida na dispensa, por entidades de fins religiosos, de ministros que não lhe agradam. A exceção decorre da liberdade de religião, que impede a intromissão do Estado na definição de quem "personifica" as crenças das confissões religiosas[1280]. Para manter essa afinidade de ideias com a pessoa jurídica, os ministros se subordinam a um regime de livre nomeação e demissão, com base em uma avaliação doutrinária reservada à entidade privada[1281]. Embora não se afaste a autolimitação da

---

[1278] ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *EEOC* v. *Abercrombie & Fitch Stores, Inc.*, 575 U. S. ____, at 5-6 (2015).

[1279] Segundo o Tribunal Superior do Trabalho, a atividade dos ministros pode envolver pessoalidade, caráter não eventual, dependência e remuneração (CLT, art. 3º), mas nem por isso constitui necessariamente uma relação de emprego. Embora não se cuidasse de um sacerdote católico, o Tribunal fez referência ao acordo firmado entre o Brasil e a Santa Sé para dizer que o vínculo de emprego surge quando descaracterizado o cunho religioso da relação entre o sujeito e a organização (assistência espiritual, propagação da fé), com o desenvolvimento de contornos empresariais ou mercantis. V. TST, *DJ* 18 mar. 2016, RR-1000-31.2012.5.01.0432, Rel. Min. Luiz Philippe Vieira de Mello Filho.

[1280] A exceção, desenvolvida pelos tribunais federais de recursos, foi confirmada pela Suprema Corte no acórdão unânime proferido em *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church v. EEOC*, 565 U. S. ____ (2012). Nas palavras do *Chief Justice* Roberts, que o regidiu, "[e]xigir que uma igreja aceite ou mantenha um ministro indesejado, ou punir uma igreja por não o fazer, adentra em muito mais do que uma simples decisão empregatícia. Tal conduta interfere com a condução interna da igreja, privando-a do controle sobre a seleção daqueles que personificarão suas crenças. Ao impor um ministro indesejado, o Estado viola [a liberdade de religião], que protege o direito de um grupo de religioso de conformar sua própria fé e missão por meio de suas nomeações" (at 13). A liberdade de escolha do clero já havia sido afirmada em *Kedroff v. St. Nicholas Cathedral*, 344 U.S. 94 (1952).

[1281] TJSP, *DJ* 25 jul. 2013, Apelação nº 0013167-92.2010.8.26.0565, Rel Des. Natan Zelinschi de Arruda: "Indenização por danos morais. Autor que menciona a ocorrência de assédio moral, haja vista não mais integrar cargo em setor da igreja. Questão que abrange peculiaridades 'interna corporis' envolvendo religiosidade, portanto,

organização nos seus estatutos e regulamentos internos, ausente previsão nesse sentido, é inviável a intromissão do Poder Público neste particular[1282].

É preciso cuidado, contudo, para não dar à "exceção ministerial" um alcance indevido, afastando-a de sua finalidade, que é a tutela da dimensão coletiva da liberdade religiosa. Sua aplicação se limita às situações em que se possa demonstrar que a vedação à discriminação limitaria efetivamente o exercício da referida liberdade – *i.e.*, a persecução do objeto social da entidade[1283]. Em particular, retomando a ideia dos círculos concêntricos mencionados acima, é possível distinguir, dentre os postos de trabalho, aqueles voltados à efetiva manifestação e propagação da crença, de um lado, e as "ocupações neutras" (*e.g.*, serviço de limpeza, equipe médica), de outra. Estando diretamente associados ao exercício da liberdade religiosa, os primeiros se submetem a um regime muito menos permeável à ingerência do Poder Público; já as segundas, por não interferirem diretamente nas atividades-fim das entidades religiosas, admitem a aplicação normal do direito trabalhista, inclusive quanto à proibição de discriminação[1284].

5.5.2.3 Liberdade religiosa e fornecimento de bens e serviços

No Brasil, o fornecimento de bens e serviços se dá no contexto de uma economia de

---

cabe à cúpula da igreja definir o necessário. Integrantes da administração da igreja se reportam a Deus como guia do que estabelecem. Tópicos relativos à fé não estão aptos à análise pelo Judiciário. Verba reparatória sem condições de sobressair. Sucumbência observou as peculiaridades da demanda. Apelo desprovido".

[1282] De qualquer forma, as organizações religiosas se vinculam pela motivação que fornecem. Se o ato não for embasado em afinidades doutrinárias ou mesmo na postura ética do indivíduo, a entidade se expõe à revisão judicial da validade de seu ato – não para impor a aceitação de um ministro, mas, ao menos, para determinar um dever de indenizar. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo manteve condenação de organização religiosa católica que expulsou seminarista apenas por ser HIV-positivo. Segundo a entidade, a "saúde física" seria exigência para admissão ao seminário, mas não restou comprovado por que a condição específica daquele sujeito o impediria de exercer adequadamente o sacerdócio. V. TJSP, *DJ* 18 dez. 2008, Apelação com Revisão nº 9186859-98.2005.8.26.0000, Rel. Des. A. Santini Teodoro.

[1283] Na França, aponta-se que, mesmo nas entidades voltadas à difusão de uma religião, ideologia etc., "o empregador deve ser capaz de demonstrar a existência de um transtorno objetivo e caracterizado; o limite imposto deve ser justificado pela natureza da tarefa a ser cumprida e proporcional ao fim buscado" (FRANÇA. Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme. *Avis sur la laïcité*, cit., p. 7).

[1284] Nesse sentido, há dois acórdãos espanhóis que se pode citar. No primeiro, o Tribunal Constitucional afirmou que "uma atividade docente hostil ou contrária ao ideário de um centro docente privado pode ser causa legítima de dispensa do professor" (*STC 47/1985*). No segundo caso, o mesmo Tribunal ressaltou que a doutrina anterior não poderia ser aplicada à funcionária de um hospital, cujas atribuições eram neutras em relação às convicções apoiadas pela entidade mantenedora da instituição de saúde (*STC 106/1996*).

mercado e, tal como se passa com as relações de trabalho, a proibição da discriminação por motivo de religião também se faz sentir neste setor. Não por acaso, a preocupação com a economia está no núcleo da justiça política[1285]. A apropriação privada da riqueza e sua livre circulação por meio de transações voluntárias não são expressões de um dado da natureza ou, muito menos, de um direito inato; elas respondem à concepção corrente de que se trata dos mecanismos mais *eficientes* de maximização do bem-estar social, quando comparados com as alternativas existentes, como a centralização da economia nas mãos do Estado. Isso pressupõe que as preferências dos consumidores sejam refletidas de forma eficaz no sistema de preços – o que pode ser prejudicado tanto pela intervenção estatal desmedida, quanto pela busca desenfreada e unilateral, pelos agentes privados, da satisfação dos próprios interesses (que pode levar, *e.g.*, à cartelização). O foco, portanto, deve estar na proteção, não do mercado em si, mas da concorrência, a fim de promover o "devido processo econômico"[1286].

Há muito mais que interesses individuais no mercado, que além de não ser um estado de natureza hobbesiano – a garantia jurídica da propriedade privada bem o demonstra –, tem um valor autônomo, que se presume servido pelo comportamento estratégico dos empresários, mas não se esgota nele. Para reconhecer o ponto, não é preciso instrumentalizar as liberdades econômicas a fins coletivos; basta aceitar que tampouco o inverso é verdadeiro – *i.e.*, que não é em benefício de alguns, mas sim de todos, que se garante o livre mercado. Inclusive e especialmente porque é com o esforço e a riqueza de todos que ele se mantém e é protegido. Se a livre circulação dos bens e serviços é um fim a ser promovido, é preciso enfrentar as barreiras impostas não só pelo Estado, mas também pela iniciativa privada.

É por meio de agentes privados que as pessoas obtêm boa parte do que precisam para viver dignamente, além dos bens que lhes permitem desenvolver sua personalidade. Negar (ou admitir que se negue) a alguém acesso a esses bens apenas por causa de sua religião é admitir um *status* inferior que é absolutamente incompatível com a igual dignidade de todos. A ideia de que a *cidadania econômica* exige o *direito de ganhar* – pelo trabalho, pela empresa ou por prestações estatais[1287] – só faz sentido porque o que se ganha pode ser gasto. De pouco serviriam

[1285] Por incluir os "arranjos econômicos e sociais mais importantes" na "estrutura básica da sociedade", Rawls os considera como partes do objeto principal da justiça (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, cit., p. 8), dedicando muitas páginas à economia política (v. *Ibid.*, p. 321 e ss.).

[1286] É o que destaca SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica:* princípios e fundamentos jurídicos. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008, *passim*, especialmente pp. 35 e ss., e 64 e ss.

[1287] Sobre o tema, fazendo referência ao pensamento de T. H. Marshall e Judith Skhlar, v. TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 273-275.

o acesso igualitário ao trabalho e a garantia de uma renda mínima se a remuneração ou os proventos dos cidadãos não pudessem se converter nas prestações que o mercado oferece[1288]. Sem mencionar que o consumo (como a recusa de consumir) envolve o exercício de um poder econômico que pode – e muitas vezes é – empregado politicamente por grupos que são excluídos ou prejudicados na arena política[1289].

Não surpreende, assim, que a discriminação na oferta de bens e serviços venha sendo proibida. Nos EUA, o tema se submete às chamadas *public accommodation laws*, que incluem o direito de igual acesso às prestações oferecidas por estabelecimentos abertos ao público, como hotéis, restaurantes, cinemas e estádios[1290]. Na Europa, está em debate uma proposta de diretiva para tratar dessa matéria, na linha do diploma que versa sobre as relações de emprego[1291], embora diversos países já tenham legislado nesse sentido[1292]. No Brasil, como já mencionado, em cumprimento ao art. 5º, XLI, da Constituição, são criminalizadas as condutas envolvendo a discriminação religiosa na entrada e no atendimento em estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços[1293].

Problemas relacionados ao tema parecem se apresentar com mais frequência nas escolas e envolvem, muitas vezes, a política quanto ao uniforme dos alunos. No Reino Unido, a Câmara

---

[1288] Não por acaso, a exigência de condições justas de trabalho inclui a garantia de "[u]ma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores: [...] ii) Uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto" (PIDESC, art. 7º (a) (ii)).

[1289] V. AUSTIN, Regina. "A nation of thieves": securing black people's right to shop and to sell in white America. *Utah Law Review*, pp. 147-177, 1994, especialmente pp. 155 e 165. Nos EUA, a segregação racial envolvia também estabelecimentos comerciais e o relacionamento com os clientes. Tratando desse contexto, e das políticas empregadas para acabar com a segregação, aponta-se que "o consumo é um exercício de poder econômico. É igualmente correto, porém, que o exercício do direito de participar no mercado econômico por meio da aquisição de bens de consumo tem ramificações tanto políticas quanto econômicas (KENNEDY, Desiree A. Consumer discrimination: the limitations of federal civil rights protection. *Missouri Law Review*, v. 66, n. 2, pp. 265-339, 2001, p. 285).

[1290] O tema também foi objeto do *Civil Rights Act* de 1964, no plano federal (42 U.S.C. § 2000a), mas, antes e depois, diversas leis estaduais foram editadas com o mesmo fim, provendo, em geral, uma tutela maior, seja pelo alargamento dos critérios de discriminação vedada (*e.g.*, orientação sexual, incluída nas leis de 22 Estados), seja pela amplitude da definição dos estabelecimentos alcançados (*e.g.*, a legislação da Califórnia sequer se limita a *public accommodations*, preferindo falar em "*all business establishments of every kind whatsoever*"). V. NATIONAL CONFERENCE OF STATE LEGISLATURES (USA). *State public accommodation laws*. Disponível em: <https://goo.gl/BiLzjA>. Acesso em: 25 set. 2016.

[1291] UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation.* Brussels, 2.7.2008. COM(2008) 426 final, 2008/0140 (CNS). Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52008PC0426>. Acesso em: 25 set. 2016.

[1292] DOE, Norman. *Law and religion in Europe*, cit., p. 71. No Reino Unido, por exemplo, são ineficazes as normas contratuais que envolvam, promovam ou estabeleçam tratamento discriminatório contra alguém (*Equality Act 2010*, section 142). Sobre a discriminação na prestação de serviços em geral, v. Part 3.

[1293] Lei nº 7.716/1989, arts. 5º a 10. Com a Lei nº 9.459/1997, os crimes previstos no diploma passaram a abarcar também os decorrentes de preconceito ou discriminação relativa a etnia, religião ou procedência nacional.

dos Lordes afastou o pleito de uma estudante que pretendia usar o *jilbab*, um tipo de roupa utilizado por mulheres muçulmanas, vedado pelas normas da escola (embora permitisse outras vestimentas islâmicas). Segundo a maioria, a menina aceitou a política da escola ao se inscrever, sendo certo que ela poderia procurar outra instituição de ensino que aceitasse o *jilbab*. Tudo isso levaria à conclusão de que não teria ocorrido qualquer restrição à liberdade religiosa, sendo, portanto, desnecessário avaliar a proporcionalidade da medida. No entanto, avançou-se para concluir estar justificada a política da escola[1294]. Ficaram vencidos o Lorde Nicholls of Birkenhead e a Baronesa Hale of Richmond, que concordaram com a legitimidade da restrição, mas não acolheram a tese de que não teria havido limitação ao direito da aluna.

A Suprema Corte do Canadá chegou à conclusão oposta ao examinar um caso que, em princípio, envolvia muito mais cuidado: a possibilidade de um aluno, Sikh ortodoxo como seu pai, usar na escola um *kirpan* – objeto religioso metálico, semelhante a uma adaga. No que foi qualificado como uma "*masterclass* judicial sobre o exame de proporcionalidade"[1295], a Corte reconheceu não só que havia uma restrição substancial à liberdade religiosa do aluno, como também a legitimidade dos fins que ela pretendia promover (segurança na escola) e a adequação da medida. No caso, porém, a limitação esbarrava no teste da necessidade: o uso do *kirpan*, tal como autorizado pelas instâncias inferiores – *i.e.* observadas certas condições (*e.g.*, deveria permanecer sob a roupa, costurado no cinturão que lhe servia de suporte) – reduziria muito o risco de seu uso violento ou de sua tomada por outros alunos, sendo certo que diversos outros objetos comuns em estabelecimentos de ensino poderiam ser usados como armas (*e.g.*, tacos de beisebol, tesouras) e nenhum incidente com *kirpans* em escolas havia sido reportado[1296].

Em um caso famoso[1297], a Corte Europeia declarou válido o ato de uma universidade turca que aplicou sanções a uma aluna do quinto ano do curso de Medicina por usar o véu islâmico em sala de aula. Na avaliação da Corte, embora se tratasse de uma restrição à liberdade religiosa, ela teria fundamento na legislação doméstica e em precedentes, e seria justificada pelo fim legítimo de promover os direitos de terceiros e a ordem pública. Considerando a "margem de apreciação" – *i.e.*, a deferência – concedida aos Estados para valorar suas circunstâncias concretas e o peso a ser dado aos valores em choque, a Corte Europeia aceitou

---

[1294] *R (Begum) v. Headteacher and Governors of Denbigh High School*, [2006] UKHL 15. Embora a escola envolvida fosse estatal, o raciocínio aplicado não envolve a lógica da laicidade, o que o torna pertinente a referência no contexto geral das relações entre os alunos e as instituições de ensino.

[1295] AHDAR, Rex; LEIGH, Ian. *Religious freedom in the liberal state*, cit., p. 264.

[1296] *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, 2006 SCC 6.

[1297] *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no. 44774/98, 10 November 2005.

como justificativa a defesa oficial, pela Turquia, do "secularismo" e da igualdade de gênero em uma sociedade majoritariamente muçulmana, na qual o peso do uso ou não do véu seria bem mais elevado.

No Chile, uma mulher muçulmana reportou que os funcionários de um banco a teriam obrigado a remover seu véu – que cobriria apenas o cabelo e o pescoço – para se certificarem de sua identidade e, assim, lhe pagar um cheque. Embora seu pleito tenha sido rejeitado por razões aparentemente processuais, os votos vencidos na Corte de Apelações de Santiago e na Corte Suprema consideraram ilícita a exigência do banco, porque, sendo possível enxergar o rosto da cliente, não haveria razão legítima para impor a retirada do véu[1298].

Tal como se passa nas relações de trabalho, os problemas envolvendo o fornecimento de bens e serviços exigem uma *acomodação razoável* da liberdade religiosa. Deve-se avaliar o grau de restrição que o atendimento à prática religiosa do consumidor gera para a condução da empresa privada, sopesando-o com a importância da promoção da liberdade de religião. Foi que fez o Tribunal Constitucional da África do Sul no já citado precedente envolvendo a aluna que, contrariando a política de uniformes da escola, usou um *piercing* típico de sua cultura. O Tribunal observou, de um lado, que "relevante é o efeito simbólico de lhe negar o direito de usá-lo [o adereço] mesmo por um período pequeno", o que "passa a mensagem de que [a aluna], sua religião e sua cultura não são bem-vindas"[1299]. De outro lado, embora a disciplina e a uniformidade sejam fins legítimos a serem perseguidos pela escola, não se teriam apresentado fundamentos ou provas que demonstrassem que abrir uma exceção para a aluna geraria consequências negativas para ela ou para os outros estudantes[1300]:

> O único efeito confirmado de conceder [à aluna] uma exceção é que algumas outras meninas poderiam considerar isso injusto. Embora isso seja desagradável, nem a Lei da Igualdade [*Equality Act*] nem a Constituição exigem um tratamento idêntico. Elas impõem igual preocupação e igual respeito. Especificamente reconhecem que às vezes é justo tratar as pessoas de formas diferentes. [...]
> Essas razões podem e devem ser explicadas a todas as alunas da Escola. Ensinar os valores constitucionais da igualdade e da diversidade é uma parte importante da educação. Essa postura não apenas ensina e promove os direitos e valores consagrados na Constituição, mas também trata os alunos como pessoas sensíveis e autônomas que são capazes de entender o impacto que a proibição teve sobre [a aluna][1301].
> [...]

[1298] *Fallo: 6366-2011*, 15-09-2011, Tercera Sala. Os votos vencidos foram redigidos pelos Ministros Cerda e Brito, respectivamente na Corte de Apelações e na Corte Suprema.

[1299] *MEC for Education: Kwazulu-Natal and Others v. Pillay* (CTC 51/26) [2007] ZACC 21; 2008 (1) AS 474 (CC); 2008 (2) BCLR 99 (CC), § 85.

[1300] *Ibid.*, §§ 103-104 e 107.

[1301] *Ibid.*, §§ 103-104.

> A possibilidade de abuso não deve afetar os direitos daqueles que adotem crenças sinceras. [...] se havia outros alunos que até agora temiam expressar suas religiões e culturas e que agora se sentirão encorajados a fazê-lo, isso é algo que deve ser celebrado, e não temido. Como regra geral, quanto mais alunos se sentirem livres para expressar suas religiões e culturas na escola, mais perto estaremos da sociedade desejada pela Constituição. A exposição de religião e cultura em público não é um "circo dos horrores" [*parade of horribles*], mas um festival de diversidade que enriquecerá nossas escolas e, por sua vez, o país. [...] a aceitação de uma prática não exige que a Escola as admita a todas. Se a acomodação de uma prática específica impuser um ônus irrazoável sobre a Escola, ela pode se recusar a permiti-la.

Mais delicada parece ser a questão quando o ato do fornecedor de bens ou serviços é fundado na liberdade religiosa. Acima se viu que as sociedades empresárias, como regra, não dispõem da referida liberdade quando ela nada se relacione à persecução do seu objeto social. Mas o mesmo não se aplica aos empresários ou profissionais individuais, que não podem ser obrigados a fazer a vontade de outrem quando isso contraria os ditames de sua consciência. Esse ponto, contudo, se enquadra na questão da objeção de consciência, examinada acima.

5.5.3 A liberdade religiosa e seus conflitos com a liberdade de expressão

Em que pese a generosa consagração da liberdade de expressão, os tratados de direitos humanos são bastante claros ao exigirem a proibição, por lei, de qualquer a apologia ao ódio – inclusive religioso – que constitua incitação à à discriminação, à hostilidade, à violência, e ao crime[1302]. Trata-se de uma manifestação dos deveres de proteção do Estado quanto à liberdade religiosa: cabe ao Poder Público assegurar que a liberdade de expressão não seja usada para promover a agressão ou discriminação de terceiros com base na sua crença. Essas condutas correspondem ao que convencionou chamar de *discurso de ódio* (*hate speech*)[1303]. Como se cuida de uma restrição à liberdade de expressão, imposta, em certa medida, pela liberdade religiosa, apresenta-se aqui um choque entre direitos, cabendo ao intérprete promover a necessária ponderação no caso concreto. *Mutatis mutandis*, uma linha semelhante se aplica às ofensas à honra baseadas na religião das vítimas[1304].

[1302] PIDCP, art. 20.2: "Será proibida por lei qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência"; CADH, art. 13.5: "A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência".

[1303] Sobre o tema, com diversas referências relevantes, v. SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. *Revista de Direito do Estado*, v. 1, n. 4., pp. 53-105, 2006.

[1304] Além do crime de discriminação religiosa (redação atual do art. 20 da Lei nº 7.716/1989), a Lei nº 9.459/1997 tipificou uma hipótese específica de injúria, consistente no uso de elementos referentes, *e.g.*, à religião para ofender

Em qualquer caso, é preciso cuidado para que a limitação dos discursos não seja banalizada, desviada para silenciar grupos indesejáveis ou dissidentes, ou, muito menos, para impedir a apuração de possíveis irregularidades e excessos praticados por religiosos[1305]. Não se veda a crítica, ainda que intensa ou radical, de convicções religiosas[1306], mas principalmente a formação de um ambiente de insegurança ou discriminação que ameace a própria liberdade religiosa[1307]. Além da paz social, importa também a minimização do "efeito silenciador do discurso", *i.e.*, a exclusão que uma cultura de discriminação e ódio gera para seus alvos[1308],

---

alguém (Código Penal, art. 140, § 3º: "Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência: (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003) Pena - reclusão de um a três anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 1997)"). Segundo o STJ, a diferença entre os dois crimes "reside no elemento volitivo do agente. Se a intenção for ofender número indeterminado de pessoas ou, ainda, traçar perfil depreciativo ou segregador de todos os frequentadores de determinada igreja, o crime será de discriminação religiosa, conforme preceitua o art. 20 da Lei 7.716/89. Contudo, se o objetivo for apenas atacar a honra de alguém, valendo-se para tanto de sua crença religiosa – meio intensificador da ofensa –, caracteriza-se nesse caso o delito o de injúria disciplinado no art. 140, § 3º, do Código Penal" (STJ, *DJ* 29 out. 2012, APn 612/DF, Rel. Min. Castro Meira). O Tribunal já afirmou também que a imprescritibilidade do crime de racismo prevista no art. 5º, XLII, da Constituição inclui o crime de discriminação religiosa (STJ, *DJ* 31 mar. 2016, HC 143.147/BA, Rel. Des. Conv. Ericson Maranho).

[1305] TJRJ, *DJ* 7 dez. 2009, Agravo Inominado na Apelação Cível nº 0015533-50.2007.8.19.0001, Rel. Des. Bernardo Moreira Garcez Neto: "Liberdade de imprensa. Televisão. Programa jornalístico. Denúncias contra seita religiosa. Inexistência de violação aos direitos da personalidade. Dever de informar. Incidência do artigo 220 da Constituição Federal. Matéria informativa que já fora veiculada anteriormente. Inexistência de risco de dano. Ação principal e cautelar improcedentes. Manifesta improcedência do recurso. Seguimento negado pelo relator"; TJRJ, *DJ* 30 ago. 2005, Apelação Cível nº 0022708-68.2002.8.19.0002, Rel. Des. Rosita Maria de Oliveira Netto: "Direito constitucional em exame. Imprensa. Liberdade religiosa. Grupo religioso realizando culto no interior da barca durante a travessia Rio-Niterói. Reportagem verídica. Danos morais e a imagem não configurados".

[1306] Nessa linha, o Tribunal de Justiça de São Paulo bem observou que "em uma sociedade as opiniões expressadas, sobretudo sobre temas como a religião, invariavelmente causarão descontentamento em parcela da população", de modo que não há ilicitude na postura de uma pessoa que, embora "tenha evidentemente criticado a religião muçulmana", o fez sem incitar "violência ou discriminação" ou invadir "a liberdade de crença ou de culto" (TJSP, *DJ* 7 out. 2013, Apelação nº 0192984-85.2012.8.26.0100, Rel. Des. Milton Carvalho; trecho do voto do relator). O Tribunal também afirmou não haver ofensa nas palavras de um padre católico, que teria simplesmente alertado a população para o fato de que uma organização, com liturgia e símbolos semelhantes aos do catolicismo, não eram reconhecidas pela Igreja Católica. Segundo o Des. Fábio Podestá, "questões ligadas à fé religiosa passarão inexoravelmente por críticas alheias, o que pode ser desgostoso ao fiel de determinada instituição, porém é o pressuposto para as formas de convicção diferentes, afinal, se todos concordassem nesse ponto, professariam a mesma fé". Além disso, "a crítica efetuada pelo fiel de uma religião ao trabalho desenvolvido por outra forma de pensamento religioso não pode ser tolhida, pois muitas vezes será o pressuposto de formação de sua própria fé". Até porque "a liberdade de crença pressupõe, fatalmente, a liberdade de descrença", pois quem adota uma religião em geral conclui que as outras estão equivocadas e tem o direito de crer nisso. V. TJSP, *DJ* 19 ago. 2015, Apelação nº 9000236-96.2011.8.26.0037, Rel. Des. Fábio Podestá. Em situação aparentemente semelhante, o Superior Tribunal de Justiça considerou atípica a conduta de um bispo, também católico, a quem se imputara crime contra a honra por ter dito, em programa de rádio, que certa pessoa não integrava mais a Igreja Católica, pedindo que os fiéis tomassem cuidado para não "entrar em qualquer rebanho" (STJ, *DJ* 22 mar. 2004, HC 28.375/SC, Rel. Min. Hamilton Carvalhido). No entanto, o uso da figura do profeta Maomé como "Deus gladiador" em um videogame de luta foi considerado ofensivo pelo TJSP (j. 25 nov. 2010, Apelação nº 990.10.085770-3, Rel. Des. Enio Zuliani).

[1307] COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Church of Scientology and 128 of its members v. Sweden*, no. 8282/78, Comission decision of 14 July 1980, § 5.

[1308] FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão:* Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução de e Pref. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 45 e ss.

transformando-os em cidadãos de segunda classe e impedindo que participem em paridade com os outros na sociedade política[1309]. Não se trata, assim, de fazer do Estado um "cão de guarda" das convicções religiosas – dando-lhes uma prerrogativa de controle absoluto sobre o que se fala acerca de suas doutrinas e seus símbolos[1310] –, mas simplesmente de aceitar que o risco de conflito e dominação que elas envolvem justifica a intervenção do Poder Público em favor da coletividade como um todo[1311].

Embora essa proteção exista em favor de todas as denominações, majoritárias ou não[1312], é possível sustentar que o peso da liberdade religiosa será maior quando estiver em jogo uma alegada ofensa ou discriminação de grupos minoritários – não só porque são suas vítimas mais prováveis e indefesas, mas também porque um dos efeitos dos discursos de ódio é negar

[1309] Isso vai ao encontro da concepção de justiça defendida por Nancy Fraser que, em vez de a atrelar apenas à redistribuição ou ao reconhecimento, exige ambos ao se dirigir à construção de um estado de coisas em que todos possam participar em condição de paridade com os demais. V. FRASER, Nancy. Redistribuição, reconhecimento e participação, cit.

[1310] Em um caso interessante, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro declarou a inconstitucionalidade de lei carioca que proibia a veiculação de imagens sacras em desfiles de escolas de samba. Reputou-se excessiva a restrição à liberdade de expressão: a proibição genérica da exposição das imagens alcançaria muito mais do que o necessário para evitar eventuais excessos – os quais, aliás, já seriam protegidos pelo direito penal. V. TJRJ, *DJ* 24 mar. 2010, Representação por Inconstitucionalidade 0034640-15.2009.8.19.0000, Rel. Des. Alexandre Herculano Pessoa Varella. A despeito da relevância do tema, o Supremo Tribunal Federal considerou não haver repercussão geral no choque entre as liberdades religiosa e de expressão em caso envolvendo um ensaio fotográfico, reproduzido em uma revista de conteúdo adulto, que mostrava uma atriz nua segurando um rosário. O Tribunal de Justiça de São Paulo considerou inviável a censura da publicação. No STF, apesar de o relator, Min. Marco Aurélio, ter iniciado sua manifestação afirmando "Eis controvérsia a ser solucionada por um Tribunal encarregado da guarda maior da Carta da República", acompanhado pelo Min. Luiz Fux, o STF concluiu que o litígio "não [extrapolaria] os limites da situação concreta e específica" (STF, *DJ* 9 mar. 2015, ARE 790.813 RG/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ acórdão Min. Dias Toffoli). Essa teria sido uma boa ocasião para que o Tribunal definisse parâmetros para a ponderação entre os conflitos envolvendo as liberdades religiosa e de expressão.

[1311] Como destacou o Tribunal Constitucional da Espanha: "o caráter aconfessional do Estado não implica que as crenças e sentimentos religiosas da socieadade não possam ser objeto de proteção. [...] a pretensão individual ou geral de respeito às convicções religiosas pertence às bases da convivência democrática que, tal como declara o preâmbulo da Norma fundamental, deve ser garantida" (*Auto 180/1986*).

[1312] Ataques a grupos majoritários podem causar reações graves e violentas, justificando a atuação do Estado. V. ECHR, *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, § 56, 20 September 1994. O caso envolvia a apreensão de um filme que apresentaria, de forma caricatural, alguns aspectos do cristianismo. Para a Corte Europeia, não se poderia "ignorar o fato de que a crença católica romana é a religião da grande maioria dos tiroleses. Ao apreender o filme, as autoridades austríacas agiram para garantir a paz religiosa na religião e para impedir que algumas pessoas se sentissem atacadas por suas crenças religiosas de uma forma indevida e ofensiva".

a sua igualdade[1313]. Lamentavelmente comuns são as ofensas dirigidas aos judeus[1314], mas outros grupos, como os muçulmanos, também aparecem como vítimas. Nessa linha, a Corte Europeia considerou inadmissível a queixa apresentada por um indivíduo que havia sido punido por expor um pôster, em sua janela, que mostrava o World Trade Center em chamas, com os dizeres "Islã fora da Grã-Bretanha – Protejam o Povo Britânico". Segundo a Corte, sua conduta não estaria protegida pela liberdade de expressão por força do art. 17 da Convenção[1315], cujo "propósito geral é impedir indivíduos ou grupos com fins totalitários de explorar, em seu próprio interesse, os princípios enunciados na Convenção"[1316].

A questão se torna mais delicada quando a equação se inverte e o discurso questionado é, ele mesmo, fundado na crença. Nesses casos, as liberdades de expressão e de religião estão

---

[1313] SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*, cit., p. 103. O Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou a condenação dos responsáveis por notícia que, associando ex-Ministro de Estado à parte autora, referia-se a esta como "macumbeira". Segundo a Des. Christine Santini, "é de conhecimento geral que a expressão 'macumbeira', embora utilizada no linguajar coloquial, traz carga pejorativa, sendo modo desrespeitoso de referir-se a pessoas que professam religiões afro-brasileiras" (TJSP, *DJ* 2 abr. 2013, Apelação n° 0289634-14.2009.8.26.0000, Rel. Des. Christine Santini; trecho do voto da relatora). Especificamente quanto às religiões de matriz africana, o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), prevê que, entre outras medidas a serem adotados pelo Poder Público, "para o combate à intolerância com as religiões de matrizes africanas e à discriminação de seus seguidores", encontra-se "coibir a utilização dos meios de comunicação social para a difusão de proposições, imagens ou abordagens que exponham pessoa ou grupo ao ódio ou ao desprezo por motivos fundados na religiosidade de matrizes africana" (art. 26, I). No Rio Grande do Sul, foi aprovada a Lei Estadual nº 13.694/2011, que "institui o Estatuto Estadual da Igualdade Racial e de Combate à Intolerância Religiosa contra quaisquer religiões, como ação estadual de desenvolvimento do Rio Grande do Sul, objetivando a superação do preconceito, da discriminação e das desigualdades raciais" (art. 1º, *caput*). O art. 1º, § 5º, da lei determina: "O Poder Público adotará as medidas necessárias para o combate à intolerância para com as religiões, inclusive coibindo a utilização dos meios de comunicação social para a difusão de proposições que exponham pessoa ou grupo ao ódio ou ao desprezo por motivos fundados na religiosidade". Na Bahia, a Lei Estadual nº 13.182/2014 institui o "Estatuto da Igualdade Racial e de Combate à Intolerância Religiosa do Estado da Bahia" (art. 1º, *caput*) e, em seu art. 86, I, inclui, entre as medidas de combate à intolerância, "coibir a utilização dos meios de comunicação social para a difusão de proposições, imagens ou abordagens que exponham pessoa ou grupo ao desprezo ou ao ódio por motivos fundados na religiosidade afro-brasileira".

[1314] No caso Ellwanger, o Supremo Tribunal Federal afirmou que "a edição e publicação de obras escritas veiculando idéias anti-semitas, que buscam resgatar e dar credibilidade à concepção racial definida pelo regime nazista, negadoras e subversoras de fatos históricos incontroversos como o holocausto, consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrímen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas conseqüências históricas dos atos em que se baseiam" (STF, *DJ* 19 mar. 2004, HC 82.424/RS, Rel. Min. Moreira Alves, Rel. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa). Também na Corte Europeia de Direitos Humanos, há casos como esses (*Ivanov v. Russia* (dec.), no. 35222/04, 20 February 2007; *Garaudy v. France* (dec.), no 65831/01, 24 June 2003; *M'Bala M'Bala v. France* (dec.), no. 25239/13, 20 October 2015). A negação do Holocausto também foi admitida como causa legítima de restrições à liberdade de expressão pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU (*Faurisson v. France*, Communication no. 550/1993, Views adopted on 8 November 1996), que lidou com outros casos envolvendo ofensas aos judeus (*Ross v. Canada*, Communication no. 736/1997, Views adopted on 18 October 2000)

[1315] CEDH, art. 17: "Nenhuma das disposições da presente Convenção se pode interpretar no sentido de implicar para um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de se dedicar a actividade ou praticar actos em ordem à destruição dos direitos ou liberdades reconhecidos na presente Convenção ou a maiores limitações de tais direitos e liberdades do que as previstas na Convenção"

[1316] *Norwood v. the United Kingdom*, no. 23131/03, 16 November 2004.

do mesmo lado da ponderação, dificultando ainda mais um debate que já era complicado. Como a defesa pública da crença e o proselitismo são protegidos *prima facie* pela liberdade de culto, é particularmente complexo distinguir entre a legítima propagação da fé e a indevida incitação à discriminação. Quando a apologia da violência ou da discriminação está presente, não há dificuldades: é o caso, ao que parece, de uma igreja na Bahia que pendurou na sua fachada um cartaz com o seguinte versículo (Lv 20:13): "Se um homem tiver relacionamento com outro homem, os dois deverão ser mortos por causa desse ato nojento; eles serão responsáveis pela sua própria morte"[1317]. Mais duvidosa é a situação de outra igreja, em São Paulo, que veiculou em um outdoor, a poucos dias da Parada do Orgulho Gay, um texto com outra tradução do mesmo versículo acima e de outros dois, mas sem menção à execução dos pecadores e concluindo com um convite ao arrependimento[1318].

[1317] MINISTÉRIO Público investiga igreja por mensagem que sugere morte de gays. *G1*, 22 jul. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/bahia/noticia/2016/07/mensagem-em-igreja-que-sugere-morte-de-gays-e-investigada-pelo-mp.html>. Acesso em: 13 set. 2016.

[1318] O caso foi objeto de uma ação civil pública, movida pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo e julgada procedente em primeira instância, por sentença que restou confirmada em sede de apelação (6ª Vara Cível da Comarca de Ribeirão Preto, *DJ* 15 set. 2014, Processo nº 0045315-08.2011.8.26.0506; TJSP, *DJ* 18 fev. 2016, Apelação nº 0045315-08.2011.8.26.0506, Rel. Des. Natan Zelinschi de Arruda). Segundo a sentença, o cartaz dizia: "Assim diz DEUS: Se também um homem se deitar com outro homem, como se fosse mulher, ambos praticam coisa abominável. Por causa das coisas que estas pessoas fazem, Deus as entrega a paixões vergonhosas. Pois até as mulheres trocam as relações naturais pelas que são contra a natureza. E também os homens deixam as relações naturais com as mulheres e se queimam de paixão uns pelos outros. Homens tem [sic] relações vergonhosas uns com os outros e por isso recebem em si mesmos o castigo que merecem por causa dos seus erros. Portanto, arrependam-se e voltem para Deus, a fim de que Ele perdoe os pecados de vocês". A primeira passagem corresponde a Lv 20:13. A segunda ("Pois até as mulheres...") e a terceira ("Portanto, arrependam-se...") são, respectivamente, de Rm 1:26-27 e At 3:19.

6 **A LAICIDADE DO ESTADO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

6.1 **Introdução**

As discussões relativas à liberdade religiosa se situam no âmbito mais amplo da autodeterminação pessoal. Esta, por sua vez, revela a forma como instituições imparciais – em especial a Constituição – devem tratar as pessoas, compreendidas como iguais em dignidade. Isso se desdobra em um conjunto de posições jurídicas associadas às capacidades humanas de autoconformação da identidade: por meio delas, as pessoas definem a si mesmas e a seus lugares no mundo, construindo uma narrativa que lhes permite atribuir valor aos seus próprios feitos e à sua biografia. O foco aqui recai no indivíduo e nos reflexos que suas relações com os demais geram para ele.

O debate relativo à laicidade tem um objeto diverso: sua preocupação é com o Estado – como ele deve se comportar diante das religiões. Muda o objeto, mas a óptica deve permanecer a mesma: para manter a coerência com o que se disse acima, é preciso examinar a matéria sob a perspectiva dos cidadãos em geral, e não a dos governantes. Isso exige romper com a alienação que faz da sociedade política um supersujeito, a quem se atribui uma vontade própria. Em ambos os lados do debate, o que há são pessoas e o Estado deve ser sempre representativo em relação a todas.

Acima se viu que essa representatividade repousa no efetivo reconhecimento de todos como cidadãos e sujeitos iguais, no seu tratamento – independentemente das diferenças que as apartam – com igual respeito e consideração. Todos devem ser ouvidos e seus interesses, sopesados com o mesmo cuidado. Como o Estado e a sociedade civil são formas distintas de enxergar um conjunto formado por "toda e qualquer pessoa", o dever de justificação que se impõe às instituições estatais diante da opinião pública é aquele que "toda e qualquer pessoa" tem diante de "toda e qualquer pessoa". Aqui se insere a exigência de razões públicas.

Diferentemente de "uma pessoa", que pode ser concretamente identificada por seus atributos e qualidades individuais, a locução "toda e qualquer pessoa" *não pode* corresponder a nenhum indivíduo em especial. As expressões têm sentidos opostos: quando se utiliza a primeira, busca-se singularizar, fixar no que há de particular em alguém; já a segunda é empregada para *não singularizar*, a fim de abarcar a todos, quaisquer que sejam as suas características pessoais – inclusive, *e.g.*, os que nem nasceram ainda e os que, ao longo da vida,

mudarão suas convicções. Isso não implica *fingir* que todos são iguais ou, muito menos, apostar na *uniformização* dos diferentes; significa tão somente que essas diferenças não se traduzem em um *status* político e moral diversificado. Não se trata de ignorar ou superar a diversidade, mas de acolhê-la.

Identidade e diferença são dois lados da mesma moeda – distinguimos o "eu" e o "nós" dos "outros" pelo que temos de diferente. *Identificar-se,* então, é se diferenciar. Dessa forma, garantir às pessoas o direito de autodefinir sua identidade equivale a permitir que elas se singularizem, destacando-se dos demais. É precisamente essa competência, atribuída a cada um, que não pode ser assumida pelo Estado. Este, longe de se diferenciar dos indivíduos, deve permitir que todos se enxerguem nele. Para que "toda e qualquer pessoa" se veja representada nas instituições estatais, é preciso que estas *não se identifiquem* com nenhuma pessoa ou comunidade específica – afinal, isso significaria se distinguir dos demais. É essa a ideia que, coerente com os pressupostos acima, corresponde ao *princípio da laicidade*. Isso impõe, entre outras consequências, a permanente abertura do debate político – o que, por sua vez, reitera o fim da soberania, proclamado pelo princípio democrático, e a vedação ao recurso a autoridades absolutas, que operam como âncoras e limites à discussão. Nesse sentido, a laicidade é inerente à democracia constitucional[1319].

Assim como a autodeterminação pessoal, a laicidade não tem na religião seu único objeto. Como a identidade dos indivíduos inclui uma posição em matéria de fé, os discursos religiosos são uma de suas maiores preocupações. Seu compromisso, porém, não é com uma visão de mundo secularista ou naturalista, mas sim com o pluralismo social: o princípio da laicidade exige que o Estado não se identifique com nenhuma verdade absoluta ou autoridade inquestionável. Só assim novas perspectivas serão sempre bem-vindas e ele permanecerá representativo em relação a "toda e qualquer pessoa".

[1319] Como aponta Michelangelo Bovero, a democracia "não suporta em nenhum caso ser enrijecida até identificar-se com um conteúdo determinado, com uma verdade oficial, com um dogma público indiscutível e inalterável, mas ao contrário coincide com a institucionalização da possibilidade de mudar, periódica e pacificamente, o próprio conteúdo de valores políticos finais, ou seja, os direcionamentos e as orientações de governo" (BOVERO, Michelangelo. *Contra o governo dos piores*, cit., p. 45). Em linha semelhante, v. SAJÓ, András. Preliminaries to a concept of constitutional secularism. *International Journal of Constitutional Law*, v. 6, n. 3-4, pp. 605-629, 2008, p. 629: "De um ponto de vista estritamente jurídico-constitucional, o que importa é a resposta à questão: O que tem autoridade normativa no direito? Nessa matéria, o constitucionalismo e as constituições ocidentais tomaram uma decisão pela laicidade [secularist choice]. O direito constitucional liberal e o sistema jurídico baseado nele envolvem a compreensão da autoridade do direito como uma criação humana formulada em um processo secular e a viabilização de que tais processos continuem. Constituições em sociedades não seculares podem tomar uma decisão diversa. Isso é legítimo do ponto de vista da soberania do Estado, mas não pode ser considerado constitucionalismo".

O princípio da laicidade traz a exigência de imparcialidade para a estrutura orgânica e o funcionamento efetivo das instituições estatais. Ele serve, assim, como critério para avaliar a construção política dos diversos Estados, exigindo ou recomendando correções quando isso se mostre pertinente. Para melhor compreensão do ponto, antes de prosseguir no exame do tema, convém expor criticamente os principais modelos de relação entre Estado e religião existentes no mundo.

6.2 **Modelos de relação entre Estado e religião**

Sem pretensão de exaustividade ou, muito menos, de pureza conceitual[1320], podem-se agrupar os Estados em quatro modelos, conforme as relações institucionais que tenham com a religião. São eles: **(i)** teocracias; **(ii)** Estados secularistas; **(iii)** Estados confessionais; e **(iv)** Estados laicos[1321].

6.2.1 Teocracias

Nas teocracias, verifica-se uma fusão entre o poder político e o religioso. As questões seculares são conduzidas ou supervisionadas por clérigos ou especialistas em religião, que têm competência jurídica para intervir, direta ou indiretamente, nas decisões. Subjacente a esse

[1320] Em vez de *conceitos* – rigidamente conformados com base em elementos necessários –, parece mais adequado falar-se aqui em *tipos*, que funcionam como *standards*, sistemas "móveis" que dependem de preenchimento pelo intérprete à luz das circunstâncias concretas. V. LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, cit., pp. 254 e ss., e 561 e ss.; GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, cit., p. 226.

[1321] A classificação adotada foi inspirada livremente naquelas desenvolvidas por José Afonso da Silva, Jorge Miranda, Emerson Garcia, Rex Ahdar e Ian Leigh, Winfried Brugger, Shimon Shetreet (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, cit., pp. 254-255; MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, cit., pp. 405-406; GARCIA, Emerson. A religião entre a pessoa humana e o Estado de Direito, cit., p. 135; AHDAR, Rex; LEIGH, Ian. *Religious freedom in the liberal state*, cit., p. 90-122; BRUGGER, Winfried. On the relationship between structural norms and constitutional rights in church-state relations. In: BRUGGER, Winfried; KARAYANNI (Eds.). *Religion in the public sphere:* a comparative analysis of German, Israeli, American and International Law. Berlin: Springer, 2007, pp. 21-86 (Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht – Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht); SHETREET, Shimon. The model of state and church relations and its impact on the protection of freedom of conscience and religion. In: BRUGGER, Winfried; KARAYANNI (Eds.). *Op. cit.*, p. 87-161). Sobre as duas últimas também se pronunciaram BARCELLOS, Ana Paula de et al. As relações entre religião e Estado. Notas sobre as experiências norte-americana e brasileira. *RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v.1, n. 19, pp. 11-17, jun./dez 2011.

arranjo está uma concepção abrangente da moralidade política, que inclui comandos de origem explicitamente religiosa, aos quais se confere condição de supremacia, como *higher law*. Como a condução do governo deve ser feita segundo ditames religiosos, é frequente que a ocupação dos principais cargos políticos esteja limitada a autoridades religiosas ou, ao menos, a pessoas que professem a religião do Estado. Alguns exemplos: o Estado da Cidade do Vaticano[1322], a República Islâmica do Paquistão[1323] e a República Islâmica do Irã[1324].

É interessante observar que, mesmo nas teocracias de hoje, é comum que o exercício do poder político não se sustente exclusivamente em critérios religiosos. Em alguma medida, o princípio democrático conduz à formação de instituições representativas, com participação de minorias, às quais se reservam assentos ou bancadas nos parlamentos[1325]. Assim, e a despeito da fundamentação religiosa a que ainda recorrem, as teocracias se autocompreendem como instituições coletivas que, voltadas a questões de interesse geral, devem ouvir também os integrantes de denominações minoritárias. Isso não significa um questionamento da religião oficial; ao contrário, quem não a professa é meramente tolerado – tanto assim que o respeito à denominação adotada pelo Estado costuma ser um dos limites para o exercício da liberdade religiosa pelas minorias[1326] e os assentos reservados a elas são bastante reduzidos.

Se a religião verdadeira se comunicasse às mentes e corações em uma só voz, talvez

---

[1322] De acordo com a Lei Fundamental do Estado da Cidade do Vaticano, o "Sumo Pontífice, Soberano do Estado da Cidade do Vaticano, tem a plenitude dos poderes legislativo, executivo e judicial" (art. 1º).

[1323] Nos termos do art. 41, item nº 2, da Constituição paquistanesa de 1973, a Chefia do Estado é reservada a muçulmanos (art. 41, item nº 2). Além disso, a Carta prevê um tribunal religioso [*Federal Shariat Court*], composto por até oito muçulmanos nomeados pelo Presidente da República, dotado da competência para examinar a conformidade das disposições legais em vigor com as chamadas *Injunções do Islã*, comandos extraídos do Corão Sagrado e da Sunna do Profeta Sagrado. Verificado um conflito entre o direito positivo e os referidos comandos morais religiosos, a disposição legal pertinente perderá eficácia, cabendo às autoridades políticas tomar medidas para conformar a lei às Injunções do Islã (arts. 203C e 203D).

[1324] No art. 4º, a Constituição iraniana de 1979 dispõe que "todas as leis e regulamentos relativos às esferas civil, penal, financeira, econômica, administrativa, cultural, militar, política e outras devem ser baseados em critérios islâmicos. Este artigo preside de forma absoluta e geral todos os artigos da Constituição, assim como todas as outras leis e regulamentos, e o dever de decidir essa questão cabe aos juristas do Conselho Guardião". O Parlamento está proibido de editar leis que contrariem a religião oficial do país (art. 72). A aferição da conformidade das leis com as determinações religiosas cabe ao Conselho Guardião, composto por doze membros, sendo: seis religiosos, selecionados pelo Líder; e seis juristas, escolhidos pelo Parlamento dentre os nomes de juristas muçulmanos indicados pelo Chefe do Poder Judiciário (art. 91). Assume destaque especial a figura do Líder, mais elevado cargo político do país, ocupado por uma autoridade religiosa. Segundo o art. 57, os três Poderes funcionam "sob a supervisão" do Líder.

[1325] V. PAQUISTÃO. Constituição (1973), art. 51, itens nº 1 e 2A; IRÃ. Constituição (1979), art. 64, item nº 2. Dentre os Estados indicados, o único que ainda observa um absolutismo religioso é o Vaticano, onde não há instituições eletivas.

[1326] Ao lado dos muçulmanos, a Constituição iraniana de 1979 somente reconhece o judaísmo, o cristianismo e o zoroastrismo como religiões, admitindo que exerçam seus cultos e sigam seus cânones em questões pessoais (casamento, divórcio, sucessões e testamentos), e exigindo que sejam tratados com respeito e ética pelo Estado e pelos muçulmanos, salvo quando conspirem ou ajam contra o Islã ou a República Islâmica do Irã (arts. 13 e 14).

houvesse espaço para que todos se submetessem à única verdade existente. Mas as pessoas respondem de forma diferente ao chamado da fé – mesmo dentro de uma mesma tradição religiosa, existem diversas opiniões e interpretações. Neste contexto, a afirmação de uma delas como a única verdade é uma questão de poder. Por isso, convém não superestimar a ascendência da religião sobre a política nos Estados teocráticos. Como observado diversas vezes, a legitimação religiosa pode permitir uma interferência maior do clero no exercício do poder político, mas, com muito maior frequência, serve como um expediente de reforço da autoridade secular. Em vez de promover o controle religioso sobre a condução do governo, a associação do Estado com a fé confere a este o poder de definir a verdade religiosa. Além de se transformar em arma na luta política, a religião pode se tornar refém da concepção preferida pelas autoridades civis ou mais vantajosa para elas.

Em qualquer hipótese, é evidente a incompatibilidade das teocracias com o ideal de imparcialidade exposto anteriormente. A identificação do Estado com uma verdade absoluta é levada ao extremo: mais do que declarar adesão a uma crença, as instituições a incorporam como uma parte relevante do direito. Consequentemente, estão todos sujeitos explicitamente às injunções de uma autoridade excludente e sectária. Isso não quer dizer que as teocracias necessariamente desrespeitem a autodeterminação pessoal; é possível, ao menos em teoria, que ofereçam um amplo conjunto de liberdades, inclusive em matéria de religião. A questão é outra e diz respeito à legitimidade universal do exercício do poder político: considerando que as instituições sequer assumem o ônus de se justificar diante dos dissidentes, é impossível dizer que eles são tratados com o mesmo respeito e a mesma consideração que os membros do grupo mais poderoso.

Em vez de ser de "toda e qualquer pessoa", o Estado teocrático é apropriado por alguns para servir aos seus fins. Os demais simplesmente não têm como se ver como parceiros em igualdade de condições: o esforço é coletivo e os recursos são extraídos de todos, mas o Estado é um projeto de apenas um grupo. Por maior que seja, a liberdade de quem pensa diferente não decorre da igual dignidade humana, sendo antes uma demonstração da condescendente tolerância de uma autoridade soberana. Longe de serem indiferentes às identidades autodefinidas pelos indivíduos, as instituições traçam uma clara distinção entre padrões de ética pessoal legítimos e ilegítimos, ainda que, em concessão, admitam a prática destes últimos.

6.2.2 Estados secularistas

O secularismo adota uma postura antirreligiosa agressiva e defende a completa exclusão dos discursos religiosos da arena política. No entanto, isso não se funda no valor da laicidade, mas em uma verdadeira desconfiança para com a religião como um todo. As doutrinas religiosas são consideradas subversivas, inconsistentes ou inconvenientes e, por isso, sujeitam-se a uma série de restrições ou até à proibição total. No plano formal, essa orientação parece ter atingido o ápice durante o regime socialista na Albânia, cuja Constituição de 1976 afirmava que "o Estado não reconhece qualquer religião e promove propaganda ateia a fim de inculcar no povo a visão de mundo materialista científica" (art. 37).

Confirmando a máxima de que os extremos se aproximam, o secularismo não advoga uma neutralidade ou equidistância na matéria, mas antes afirma, promove e divulga uma visão específica de ateísmo ou, ao menos, de ostensiva depreciação das doutrinas religiosas. Ao tomar uma posição particular na matéria, os Estados secularistas acabam se assemelhando menos aos Estados laicos que às teocracias e aos Estados confessionais – igualmente marcados pela instituição de doutrinas oficiais[1327]. Ou seja: é só em aparência que os Estados secularistas ocupam o extremo oposto ao das teocracias. Na prática, trata-se de uma espécie de teocracia em que o ateísmo assume o espaço de uma doutrina religiosa.

6.2.3 Estados confessionais

Descendo na escala de aproximação, o modelo seguinte é o dos Estados confessionais, que compartilham com as teocracias a adoção de uma religião oficial. O confessionalismo pressupõe a filiação do Estado a uma crença – o que, em maior ou menor grau, pode justificar interferências da religião sobre a política e vice-versa. O reconhecimento de um discurso como oficial mantém ativo o mecanismo de legitimação metafísica do poder político e confere à ética religiosa, interpretada pelos iniciados, um *status* diferenciado em meio às demais ordens de discursos, fundadas ou não em outras doutrinas éticas. Nem por isso, todavia, se concede à

[1327] Nesse sentido, v. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão nº 423/87*: "O Estado confessional define-se, como se viu, por tomar posição sobre a questão da fé e da existência de Deus. Todavia essa postura não tem de ser necessariamente positiva, podendo re-vestir um sentido negativo. Neste caso, o Estado assume-se como «ateu», integrando o grupo dos que não acreditam na existência de Deus. Poder-se-á sustentar, e alguns o fazem, que neste caso o Estado assume a natureza de Estado laico. Mas, parece dever admitir-se que esta posição traduz mais rigorosamente uma forma de confessionalismo de sinal contrário, mas ainda confessionalismo, uma vez que a adopção do ateísmo constitui uma postura não neutral sobre o fenómeno religioso".

moral religiosa uma supremacia sobre o direito positivo, ainda que ela goze de um inegável prestígio, oficial ou oficioso.

Há, pelo menos, dois tipos de Estados confessionais. Em *primeiro* lugar, existem aqueles em que uma religião é *estabelecida – i.e.*, organizada e mantida pelo Poder Público. Por um lado, essa configuração garante para a denominação oficial um espaço privilegiado de visibilidade na vida dos cidadãos: muitas vezes, são dotadas de personalidade jurídica de direito público, podem se valer dos mecanismos tributários estatais para recolher dízimos e outras doações de seus fiéis, e cabe a elas fornecer os capelães dos órgãos públicos e presidir ou participar de cerimônias estatais (*e.g.*, ações de graças, coroação de monarcas, tomada de juramentos). Por outro lado, o estabelecimento de uma religião leva, ao menos formalmente, à submissão da denominação oficial ao controle do Estado: as autoridades seculares trazem para si a condução ou a supervisão das questões religiosas, podendo interferir, por exemplo, na nomeação das autoridades religiosas ou até na definição dos cânones da religião oficial. Para evitar conflitos, não é incomum que a ocupação de postos superiores do governo seja restrita aos filiados à religião do Estado. Exemplos atuais de Estados confessionais com religiões estabelecidas são Grécia[1328], Noruega[1329] e Sri Lanka[1330].

O *segundo* tipo corresponde aos Estados confessionais *por simples filiação*, que têm uma religião oficial, mas não interferem nas questões religiosas. O aparato estatal continua a afirmar sua adesão a certa doutrina, mas esta, embora oficial, não está sujeita à regulação pelas autoridades seculares quanto a seus cânones, suas funções ou sua organização. Existe, assim, uma separação formal entre as esferas da política e da religião, que beneficia principalmente a

---

[1328] GRÉCIA. Constituição (1975), art. 3º, §§ 1º e 3º: "1. A religião prevalecente na Grécia é aquela da Igreja Ortodoxa Oriental de Cristo. A Igreja Ortodoxa da Grécia, reconhecendo nosso Senhor Jesus Cristo como seu chefe, é inseparavelmente unida em doutrina com a Grande Igreja de Cristo em Constantinopla e com qualquer outra Igreja de Cristo de mesma doutrina, observando, sem vacilação, como o fazem, os santos cânones apostólicos e sinodais e as tradições sagradas. Ela é autocéfala e administrada pelo Santo Sínodo dos Bispos em atividade e pelo Santo Sínodo Permanente que nele se origina, reunindo na forma definida pelo Estatuto da Igreja, de acordo com as determinações do Tomo Patriarcal de 29 de junho de 1850 e do Ato Sinodal de 4 de setembro de 1928. […] 3. O texto das Sagradas Escrituras será mantido inalterado. A tradução oficial do texto para qualquer outra forma de linguagem, sem prévia aquiescência da Igreja Autocéfala da Grécia e da Grande Igreja de Cristo em Constantinopla, fica proibida".

[1329] NORUEGA. Constituição (1814), arts. 2º, § 2º; 4º; e 16: "Art. 2º. (…) § 2º. A religião evangélica luterana continuará sendo a religião oficial do Estado. Os habitantes que a professem devem criar seus filhos dentro dela. (...) Art. 4º. O Rei deve, em todo o tempo, professar a religião evangélica luterana, e mantê-la e protegê-la. (...) Art. 16. O Rei ordena todos os serviços públicos da igreja e o culto público e todas as reuniões e assembleias que lidem com questões religiosas, e garante que os professores públicos de religião sigam as normas prescritas para eles".

[1330] SRI LANKA. Constituição (1977), art. 9: "Budismo. A República do Sri Lanka concederá ao budismo a posição mais destacada e, de acordo com isso, será dever do Estado proteger e promover o *Buddha Sasana*, enquanto garante a todas as religiões os direitos assegurados pelos Artigos 10 [liberdade de consciência e crença] e 14(1)(e) [liberdades de culto e organização religiosa]".

denominação oficial: embora destinatária da preferência do Estado, não se sujeita a suas injunções. Ao que parece, é esse o caso de Malta[1331], Liechtenstein[1332], Mônaco[1333], Costa Rica[1334] e Argentina[1335].

Essa classificação não tem a pretensão de um rigorismo conceitual – que, aliás, seria incompatível com o estudo de estruturas político-sociais que tendem a variar com o tempo. A aproximação entre esses Estados e suas religiões oficiais admite uma série de graus, conforme as influências recíprocas entre essas duas esferas sejam maiores ou menores, simétricas ou desiguais[1336]. A situação inglesa é um bom exemplo do que se acaba de dizer: embora a Igreja da Inglaterra seja formalmente *estabelecida*[1337], suas relações com o Poder Público são hoje muito mais nominais que efetivas[1338]. Afirma-se, aliás, ser ambíguo o seu estabelecimento, que

---

[1331] MALTA. Constituição (1964), art. 2º: "Religião. (1) A religião de Malta é a Religião Católica Apostólica Romana. (2) As autoridades da Igreja Católica Apostólica Romana têm o dever e o direito de ensinar quais princípios são corretos e quais são errados. (3) O ensino religioso da Fé Católica Apostólica Romana será provido nas escolas estatais como parte da educação compulsória".

[1332] LIECHTENSTEIN. Constituição (1921), art. 37, § 2º: "A Igreja Católica Romana é a Igreja Nacional e como tal deve gozar da total proteção do Estado; outras denominações terão direito de praticar suas crenças e realizar serviços religiosos dentro dos limites da moralidade e da ordem pública".

[1333] MÔNACO. Constituição (1962), art. 9º: "A religião católica, apostólica e romana é a religião do Estado". Uma Convenção de 1981 entre o Principado de Mônaco e a Santa Sé prevê, em seu art. 6º, que "o Governo Principesco continuará a ajudar na criação, na manutenção e na gestão das obras paroquiais e religiosas necessárias a um desenvolvimento feliz da atividade própria da Igreja e a contribuir para sua realização".

[1334] COSTA RICA. Constituição (1949), art. 75: "A Religião Católica, Apostólica, Romana, é a do Estado, que contribui para sua manutenção, sem impedir o livre exercício na República de outros cultos que não se oponham à moral universal nem aos bons costumes".

[1335] ARGENTINA. Constituição (1994), art. 2º: "O Governo federal mantém o culto católico apostólico romano".

[1336] CROSS, Frank B. *Constitutions and religious freedom*. New York: Cambridge University Press, 2015, p. 159.

[1337] Em julgado recente na Câmara dos Lordes, Lord Hope of Craighead afirmou que "o estabelecimento, no plano jurídico, significa que o Estado incorporou [as normas da Igreja] ao direito do reino como parte de seu direito geral" (*Parochial Church Council of the Parish of Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley v. Wallbank* [2003] UKHL 37, § 61). V. INGLATERRA. *Submission of the Clergy Act* (1533 25 Hen. 8); *Supremacy Act 1534* (26 Hen. 8 c. 1); *Supremacy Act 1554* (1 Eliz. 1 c 1); *Bill of Rights* (1688 1 Will. & Mar. c. 2 sess. 2); *Act of Settlement 1700* (12 and 13 W & M 3 c. 2); *Act of Union 1706* (6 Anne c. 11). Embora a Igreja tenha o poder de aprovar sua própria legislação primária – com força de lei –, por meio de seu Sínodo Geral (*General Synod*), esses atos (*Measures of the Church of England*) devem ser submetidos às Casas do Parlamento e receber a aprovação do monarca (*Royal Assent*). Outra espécie normativa são os cânones (*Canons*), que não são submetidos ao Parlamento, mas precisam, de todo modo, da autorização e do consentimento do monarca (*License and Assent of the Sovereign*). V. *Church of England Assembly (Powers) Act 1919* (9 and 10 Geo. 5, s. 4), tal como modificado pelo *Synodical Government Measure 1969* (No. 2), s. 2 (2); e *Submission of the Clergy Act 1533* (25 Hen. 8). O monarca é reconhecido como autoridade suprema pelos próprios Cânones da Igreja da Inglaterra: "Reconhecemos que a excelente Majestade da Rainha, agindo de acordo com as leis do país, é o mais alto poder abaixo de Deus neste reino, e tem autoridade suprema sobre todas as pessoas em todas as causas, tanto eclesiásticas quanto civis" (Cânone A 7). V., ainda: DOE, Norman. *Law and religion in Europe*, cit., pp. 32-3, e 126.

[1338] As atribuições do monarca são exercidas com o "aconselhamento" do Primeiro Ministro que, por sua vez, é aconselhado pela liderança da Igreja. Além disso, há um costume constitucional no sentido de que o Parlamento não deve legislar para a Igreja sem seu consentimento, e correm por conta de doações de fiéis e rendas próprias as despesas eclesiásticas. V. DOE, Norman. *Law and religion in Europe*, cit., p. 32-3.

combina uma relação especial com o Estado – que parece conferir à Igreja mais ônus que benefícios – com a tendência de conceder a ela um tratamento jurídico idêntico ao de outros grupos religiosos[1339]. Tal como se passa com os países da Escandinávia, a ligação entre a Igreja oficial e o Estado na Inglaterra se explica pela predominância, sobre rupturas revolucionárias, de um desenvolvimento histórico gradual, sem grandes sobressaltos, que acaba deixando maior espaço para a tradição[1340].

Como os exemplos sugerem, a referência à religião não significa uma ruptura com os ideais de democracia e Estado de Direito. O mesmo pode se aplicar a outras partes do mundo; não há fundamento em adotar uma postura etnocêntrica para imaginar que, no Ocidente, o confessionalismo seria inócuo, mas no resto do mundo suscitaria graves perigos. Assim como as pessoas usam suas concepções éticas para sustentar um consenso sobreposto sobre esses valores, a adoção destes em muitos países – especialmente no Oriente – ocorreu por meio das doutrinas tradicionais ou, ao menos, em constante diálogo (e conflito) com elas[1341]. Há quem afirme que os valores seculares e o discurso dos direitos humanos dependem da religião para se sustentar de forma duradoura, devendo a crença se adaptar para acolhê-los[1342].

Não é preciso ir tão longe; basta admitir que nem todas as mudanças se operam por revoluções e, muitas vezes, a lenta adaptação das tradições é igualmente ou mais satisfatória. O ótimo é inimigo do bom. Se for possível concretizar em maior medida os valores em tela dessa forma, talvez ela seja preferível, na prática, à insistência na pureza total do modelo laico. Naturalmente, há mínimos de justiça com que não se pode transigir. Mas, preservada essa base, é preciso cuidado para que a secularização, em uma dose excessiva, não sabote a si própria. Isso não quer dizer que os Estados não devam ser criticados por estarem aquém de um ideal de imparcialidade, mas apenas que, do ponto de vista pragmático, talvez seja melhor adotar uma linha mais gradualista do que tentar uma mudança abrupta e pouco sólida. Longe de infirmar, essa constatação confirma o ideal: é o risco de desconformidade que justifica a existência de

---

[1339] SANDBERG, Russell. *Religion, law and society*, cit., p. 122.

[1340] GARLICKI, Leszek Lech. Perspectives on freedom of conscience and religion in the jurisprudence of Constitutional Courts, cit., p. 468. Como registra o autor, há um caso distinto: a Igreja da Suécia foi, em sua maior parte, separada do Estado nos últimos anos do século XX (pp. 471-472).

[1341] Sobre o tema, v., *e.g.*, LING, L. H. M.; SHIH, Chih-yu. Confucianism with a liberal face: the meaning of democratic politics in postcolonial Taiwan. *The Review of Politics*, v. 60, n. 01, pp. 55-82, 1998.

[1342] AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. The interdependence of religion, secularism, and human rights prospects for islamic societies. *Common Knowledge*, v. 11, n. 1, pp. 56-80, 2005. Essa proposta se aproxima da ideia de *hermenêutica diatópica* defendida por Boaventura de Souza Santos, que se refere explicitamente à doutrina de An-Na'im como um bom exemplo diálogo intercultural, embora critique alguns de seus pressupostos e posturas (SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos, cit.).

uma norma. Como exigência moral, a imparcialidade segue de pé, demandando sua máxima incorporação ao direito – ainda que isso envolva concessões temporárias. Por maior que seja a medida de liberdade garantida nos Estados confessionais, "será ela mitigada em virtude justamente do tratamento preferencial e privilegiado resguardado à religião oficial. Ter-se-á [...] provavelmente, mais uma tolerância do que uma plena liberdade religiosa"[1343].

6.2.4 Estados laicos

O último modelo a ser apresentado é o que mais efetividade concede à imparcialidade. Nos Estados laicos, o Poder Público se coloca em posição de equidistância em relação não só aos discursos *religiosos*, mas também aos discursos *sobre a religião* – aí compreendidos os de índole ateia ou agnóstica. Não sendo uma pessoa – mas a representação de "toda e qualquer pessoa" –, o Estado aceita que não tem uma consciência própria, abstendo-se de competir com os indivíduos na discussão sobre verdades absolutas e autoridades inquestionáveis[1344]. Nesse sentido, nem umas nem outras são fontes legítimas do direito positivo e, por isso, não podem ser invocadas como critérios para a solução de conflitos sociais ou fundamentos para medidas tomadas ou executadas com base no esforço coletivo. Dessa forma, a laicidade não só nega o recurso ao direito religioso ou antirreligioso, como também a adesão formal a uma corrente qualquer acerca da religião.

A principal característica de um Estado laico é derivar sua legitimidade, não de uma crença religiosa, mas da imparcialidade que decorre da igual dignidade humana. Isso significa que as instituições e seus atos devem ser justificados diante de "toda e qualquer pessoa" e, por essa razão, não podem pressupor a prévia adesão a um discurso particular. É possível – até comum e desejável – que as pessoas e as comunidades parciais sustentem a legitimidade das instituições também com base em suas próprias concepções éticas ou doutrinas abrangentes. Não se admite que o Estado recorra a estas para fundamentá-las, mas nada impede que os indivíduos as traduzam nas suas linguagens religiosas particulares.

[1343] TAVARES, André Ramos. Religião e neutralidade do Estado. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 2, n. 5, jan./mar. 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd= 52587>. Acesso em: 9 jul. 2013.

[1344] ESPANHA. Tribunal Constitucional. *STC 24/1982*, FJ 1: "o Estado proíbe a si mesmo de concorrer de qualquer forma, junto aos cidadãos, na qualidade de sujeito de atos ou de atitudes de signo religioso".

Convém sublinhar que a laicidade não rejeita as crenças, nem as suas manifestações. Como visto, a imparcialidade não exige a expulsão da fé do espaço público e sua limitação ao domínio privado. Ao revés, instituições inclusivas demandam uma esfera pública receptiva a pessoas de todos os credos e orientações, que devem ser livres para ser quem são e querem ser. Cuida-se simplesmente de garantir que a relação entre o Estado e a sociedade civil – vibrante e plural, porém desigual – seja mediada por um sistema institucional que reconheça a todos como parceiros iguais em um projeto comum. Isso não se faz pela homogeneização da esfera pública (ao revés, pressupõe o pluralismo); mas tampouco admite a transformação direta do poder social (inclusive no plano religioso) em poder político. Portanto, a moralidade política não remete a valores religiosos (ou antirreligiosos). Nas palavras do Ministro Marco Aurélio Mello, em acórdão do STF, "Deuses e césares têm espaços apartados. O Estado não é religioso, tampouco é ateu"[1345].

Para concretizar essa equidistância em relação aos discursos sobre a religião, o Estado laico pode optar por uma dentre duas posturas:

(i) *cooperação* – admitindo que as denominações religiosas compartilham com ele alguns de seus fins, o Estado incentiva a promoção desses objetivos em comum por meio de subsídios, benefícios fiscais ou outras formas de colaboração. Alguns exemplo são a Alemanha[1346] e os EUA[1347];

(ii) *indiferença* – as organizações religiosas são tratadas como quaisquer outros grupos sociais ou pessoas jurídicas, não tendo benefícios ou sofrendo qualquer restrição particular em razão de seus fins próprios.

Ao contrário do que poderia parecer, a *separação* – como, por vezes, se defende na França[1348] – não é uma possibilidade aceitável. O termo é tomado aqui como a tentativa de

---

[1345] STF, *DJ* 30 abr. 2013, ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio (trecho do voto do relator).

[1346] A Lei Fundamental alemã de 1949 admite o ensino religioso como matéria ordinária nas escolas públicas, sendo ministrado conforme os princípios das confissões religiosas (art. 7º, § 3º). Em seu art. 140, a *Grundgesetz* incorporou ao seu texto os arts. 136 a 139 e 141 da Constituição de Weimar (1917), que permaneceram em vigor para permitir, *e.g.*, que as sociedades religiosas de direito público cobrem seus impostos com base nas listas de contribuintes civis. Aponta-se que a decisão pela incorporação do texto de Weimar, nesta parte, pela ordem constitucional de 1949 foi uma solução de compromisso encontrada diante da incapacidade de qualquer modelo alternativo, proposto na ocasião, obter maioria. V. GARLICKI, Leszek Lech. Perspectives on freedom of conscience and religion in the jurisprudence of Constitutional Courts, cit., p. 470.

[1347] A jurisprudência dos EUA não é uniforme nessa matéria. De todo modo, e ao menos aparentemente, o precedente em vigor na matéria ainda é *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971), responsável pela consolidação do chamado *Lemon test*. O teste consiste de três etapas pelas quais uma lei deve passar para ter sua validade afirmada de acordo com a *Establishment Clause* da 1ª Emenda à Constituição dos EUA. O tema será desenvolvido mais adiante.

[1348] Em seu art. 1º, a Constituição francesa de 1958 declara o caráter laico do Estado, que respeita todas as crenças. Apesar disso, prevalece na França uma concepção segundo a qual caberia ao Poder Público manter uma cultura

isolar a esfera pública da influência das entidades religiosas, a fim de tentar criar uma cultura política e um espaço público não religiosos. Não há dúvida de que a laicidade pode envolver – e, de fato, envolve – restrições aos discursos religiosos e à atuação das denominações. O *laicismo*, essa postura de desconfiança em relação à manifestação pública das crenças, não é compatível com o ideal de imparcialidade, que impõe instituições abertas ao pluralismo e exige a liberdade religiosa. A laicidade não se volta contra a religião, mas em favor da igualdade. Ao impedir que os cidadãos religiosos sejam quem são diante dos demais, essa tentativa de "purificar" a esfera pública se revela excludente e ofensiva à igual dignidade de todos. Além disso, como bem destacou Dieter Grimm, "a liberdade religiosa é uma parte essencial do Estado constitucional", de modo que "o Estado constitucional secular não deve ser confundido com uma sociedade secular. Eles não se contradizem"[1349].

Nada obstante, não é incomum que se faça referência a um "muro" separando o Estado das religiões[1350]. A expressão, porém, parece servir mais como metáfora que como comando. Além do que se expôs acima, é, em rigor, inviável qualquer pretensão voltada a uma rígida separação nessa matéria, com o Estado e as religiões habitando universos estanques; em alguma medida o primeiro será obrigado a regular certos aspectos das segundas – a liberdade religiosa reflete a existência de uma disciplina jurídica da matéria, assim como a preocupação com os conflitos entre as liberdades religiosas de uns e os direitos fundamentais de outros.

Seja como for, vale relembrar a advertência feita acima: a imparcialidade – e, por via de consequência, a laicidade – admite sua concretização em graus, de modo que é possível falar em maior ou menor atendimento a ela, sem que se ponha em causa a validade abstrata do princípio. Isso se apresenta de forma particularmente relevante naqueles Estados que, embora rejeitem a identificação com alguma religião, mantêm instituições tradicionais com origens

política secular, o que muitas vezes envolve a exclusão do discurso religioso da arena pública.

[1349] GRIMM, Dieter. Conflicts between general laws and religious norms, cit., p. 2373. Na mesma linha, Daniel Sarmento aponta que é "incompatível com o sistema constitucional brasileiro certa visão que se mostra refratária à manifestação pública da religiosidade pelos indivíduos e grupos que compõem a Nação, e que busca valer-se do Estado para diminuir a importância da religião na esfera social" (SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado. In: LOREA, Roberto Ariada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 194).

[1350] A expressão é atribuída a Thomas Jefferson em carta enviada à Associação Batista de Danbury, quando exercia a Presidência dos EUA, em que afirmou: "Acreditando, com vocês, que a religião é matéria situada apenas entre o Homem e seu Deus, que ele não deve prestar contas a ninguém mais por sua fé ou seu culto, que os poderes legítimos do governo alcançam ações somente, e não opiniões, contemplo com soberana reverência o ato de todo o povo americano, que declarou que seu legislativo não deveria "promulgar leis acerca do estabelecimento de uma religião, ou proibindo seu livre exercício", assim criando um *muro de separação entre Igreja e Estado*" (JEFFERSON, Thomas. *Jefferson's Letter to the Danbury Baptists.* Disponível em: <http://www.loc.gov/loc/lcib/9806/danpre.html>. Acesso em: 30 jun. 2012; itálico acrescentado).

religiosas. No Japão, por exemplo, não há como desvincular a figura do imperador do xintoísmo[1351], o que gera dificuldades para uma aplicação muito rigorosa da separação Estado-religião prevista na atual Constituição do país: embora a Suprema Corte não admita, *e.g.*, que recursos públicos sejam usados para custear oferendas a templos xintoístas em cerimônias religiosas[1352], ela não pôde considerar ilícita a participação de uma autoridade local em uma cerimônia tradicional xintoísta voltada à comemoração da entronização do imperador[1353] – afinal, a Constituição não criou, mas só *reconheceu e acolheu* uma autoridade que fora consagrada, muito antes, pela tradição e pela religião.

6.3 **O princípio constitucional da laicidade**

As ideias desenvolvidas até aqui já permitem que passe a uma exposição analítica do princípio da laicidade, tal como inserido na ordem constitucional. De início, são duas as notas que se deve fazer.

Em *primeiro* lugar, não se deve subestimar ou ignorar a sede em que essa discussão se apresenta: como instância reflexiva do direito, a Constituição é o fundamento do princípio da laicidade[1354]. Isso significa que não existe discricionariedade política quanto à adesão formal a

---

[1351] Essa associação se tornou ainda mais intensa com a Restauração Meiji: a vinculação do imperador com o xintoísmo se intensificou à medida que o discurso nacionalista se fortaleceu. Passou-se a enfatizar a ininterrupta linhagem de imperadores remontando à deusa do sol, Amaterasu, e a concepção do Japão como uma nação sagrada. Como materialização dessas duas ideias, o imperador assumiu uma condição religiosa ainda mais destacado. V. NOBUTAKA, Inoue. Shinto confronts modernity. In: NOBUTAKA, Inoue (Ed.). *Shinto* – a short story. Translated and adapted by Mark Teeuwen and John Breen. London: RoutledgeCurzon, 2003, p. 169.

[1352] JAPÃO. Suprema Corte. *Judgment upon constitutionality of the prefecture's expenditure from public funds to religious corporations which held ritual ceremonies.* 1992 (Gyo-Tsu) 156. Grand Bench, April 2, 1997.

[1353] JAPÃO. Suprema Corte. *Judgment upon the case concerning the participation of the prefectural governor in the Daijo-Sai ceremony was found not to be against Article 20, para.3 of the Constitution.* 1999 (Gyo-Tsu) 93. First Petty Bench, July 11, 2002.

[1354] Qualificando a laicidade como um "princípio basilar do ordenamento brasileiro", v. REIS, Jane. A aplicação de regras religiosas de acordo com a lei do Estado, cit., p. 16. Isso explica o grande esforço argumentativo que o Tribunal Constitucional Federal alemão teve de empreender para admitir que universidades estaduais tivessem cursos de teologia, associados a denominações religiosas (*1 BvR 462/06*). O Tribunal registrou que a Lei Fundamental previa o ensino de religião nos outros níveis da educação e, diferentemente da Constituição de Weimar, não manteve expressamente as faculdades de teologia existentes. Invocando uma longa tradição sobre o tema, bem como sua previsão nas Constituições de diversos *Länder*, anteriores à Lei Fundamental, e em concordatas, o Tribunal Constitucional concluiu que não poderia extrair uma vedação ou uma obrigação na matéria. Deixou o tema, assim, à discricionariedade dos *Länder*, competentes para legislar em matéria de cultura.

um discurso religioso, agnóstico ou ateu[1355], bem como que as demais cláusulas da Carta e as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz de suas exigências[1356]. No Brasil, o princípio pode ser extraído do art. 19, I, da Constituição Federal, que explicitamente proíbe os entes federativos de "estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los", ou "manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança". Em sua parte final, o inciso admite, "na forma da lei, a colaboração de interesse público" entre o Estado brasileiro e as organizações religiosas, inserindo o País no modelo cooperativo descrito acima.

Em *segundo* lugar, a laicidade define um estado de coisas a ser atingido (equidistância em relação aos discursos religiosos), sem indicar diretamente os meios a serem usados para tanto. Trata-se, portanto, de um *princípio*, que ordena a concretização do estado de coisas no maior grau possível, tendo em vista as limitações impostas pela realidade de fato ou outras normas constitucionais. Isso quer dizer que eventual promoção insuficiente da laicidade não interfere na validade abstrata do princípio, embora sugira a inconstitucionalidade da situação existente. No entanto, eventuais restrições à laicidade são admissíveis, desde que: **(i)** busquem promover um fim constitucional legítimo; e **(ii)** atendam às exigências da proporcionalidade. Somente se falará em invalidade quando as medidas impugnadas deixarem de observar esses requisitos.

[1355] O ponto foi bastante enfatizado pela Corte Constitucional da Colômbia (*Sentencia C-350/94*): "Um Estado que se define como ontologicamente pluralista em matéria religiosa e que, ademais, reconhece a igualdade entre todas as religiões não pode, ao mesmo tempo, consagrar uma religião oficial ou estabelecer a preeminência jurídica de certos credos religiosos. É, por conseguinte, um Estado laico. Admitir outra interpretação seria incorrer em uma contradição lógica. Por isso, não era necessário que houvesse norma expressa sobre a laicidade do Estado. O país não pode ser consagrado, de maneira oficial, a uma determinada religião, inclusive se esta é a majoritária do povo, porque os preceitos constitucionais conferem às congregações religiosas a garantia de que sua fé tem igual valor diante do Estado, sem importar suas origens, tradições e conteúdo. As definições constitucionais sobre a estrutura do Estado, e neste caso particular, sobre a laicidade do Estado e a igualdade entre as confissões religiosas, não podem ser alteradas pelos poderes constituídos, mas apenas pelo próprio constituinte".

[1356] Uma aplicação dessa ideia pode ser encontrada no acórdão em que o Supremo Tribunal Federal negou caráter normativo à invocação de Deus no Preâmbulo da Carta de 1988 (STF, *DJ* 8 ago. 2003, ADI 2.076/DF, Rel. Min. Carlos Velloso). Como afirmou o relator: "Essa invocação [...] posta no preâmbulo da Constituição Federal, reflete, simplesmente, um sentimento deísta e religioso, que não se encontra inscrito na Constituição, mesmo porque o Estado brasileiro é laico [...]. A Constituição é de todos, não distinguindo entre deístas, agnósticos ou ateístas". O mesmo fez o Tribunal Constitucional da África do Sul diante de invocação de Deus no Preâmbulo da Constituição da Província de Cabo Ocidental (*Certification of the Constitution of The Western Cape*, 1997 (CCT6/97) [1997] ZACC 8; 1997 (12) BCLR 1653; 1998 (1) SA 655, § 28): "A invocação de uma divindade nessas palavras prefaciais do preâmbulo da WCC [Constituição do Cabo Ocidental] não tem significação constitucional e ecoa o discurso do preâmbulo da NC [Constituição Nacional]. Trata-se de um meio tradicional de atribuir solenidade, usado em muitas culturas e em diversos contextos. [...] Tais palavras não têm efeito constitucional operativo nem são fundamentalmente hostis ao espírito e aos objetivos da NC. Elas também não podem ser usadas para interpretar restritivamente as disposições [da NC que cuidam da liberdade religiosa]. Essas palavras, portanto, não podem gerar qualquer consequência sobre os direitos de crentes e não-crentes. Diante dessas circunstâncias, não há incompatibilidade entre o preâmbulo da WCC e a NC".

6.3.1 Conteúdo jurídico do princípio da laicidade

6.3.1.1 Diferenciação orgânica

A primeira determinação fundada no princípio da laicidade é a *diferenciação orgânica* entre o Estado e as denominações religiosas: estas e aquele devem ser instituições diversas e apartadas, movendo-se segundo fontes, critérios e valores próprios. Não se admite que uma confissão seja um departamento do Estado ou, ao inverso, que o aparato público se torne *longa manus* de uma denominação religiosa[1357]. Naturalmente, na medida em que coexistem, Estado e religião podem – e inevitavelmente irão – relacionar-se, ainda que variem as formas e a intensidade dessa interação. Mas não é possível falar em Estado laico se suas instituições se combinam com as de uma confissão religiosa a ponto de formarem um amálgama ou gerarem a indevida subordinação do Estado à autoridade religiosa ou vice-versa[1358].

[1357] Nesse sentido, v. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, cit., p. 613; WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*, cit., p. 75. Em um caso interessante, o Superior Tribunal de Justiça condenou um padre, por abuso de direito de ação, por ter impetrado um *habeas corpus* e obtido uma liminar que impediu que prosseguisse um procedimento de interrupção de gestação autorizado por decisão judicial. Entendeu-se que o réu havia usado do Estado para impor suas convicções religiosas sobre os pais e lhes gerado danos permanentes (STJ, *DJ* 25 out. 2016, REsp 1.467.888/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi). É curioso que, embora o dano efetivo tenha decorrido de um ato do Poder Público (a liminar no *habeas corpus*), o STJ entendeu que "qualquer tentativa de disrupção do nexo causal, sob a alegação de que o recorrido apenas provocou o Estado-Juiz, e foi, efetivamente este que determinou a interrupção da gestação, não merece guarida. A busca do Poder Judiciário por uma tutela de urgência traz, para aquele que a maneja, o ônus da responsabilidade pelos danos que porventura a concessão do pleito venha a produzir, mormente quando ocorre hipótese de abuso de direito" (trecho do voto da relatora). Já o Superior Tribunal Militar considerou inviável condenar um capelão como inapto ao oficialato apenas por ter sido afastado das funções religiosas pelo Ordinariado Militar católico. O fato de ter um filho – fundamento usado pela autoridade religiosa – não era uma conduta indigna à luz das exigências éticas das Forças Armadas. A consequência para a privação definitiva do exercício da atividade religiosa, nos termos do art. 14, parágrafo único, da Lei nº 6.923/1981, é a demissão *ex officio* – o que, no caso daquele capelão, talvez fosse inviável diante da aquisição do direito à transferência para a reserva remunerada. Em seu voto, a relatora para o acórdão, Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha destacou que considerar o militar inapto ao oficialato apenas por ter descumprido ditames religiosos, a juízo da Igreja, seria transformar o Estado em braço da organização religiosa, o que não seria admissível diante do princípio da laicidade (STM, *DJ* 17 dez. 2015, Conselho de Justificação 43-56.2014.7.00.0000/DF, Rel. Min. Alte. Esq. Alvaro Luiz Pinto, Rel. para o acórdão Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha).

[1358] Como apontou o Tribunal Constitucional da Espanha, o princípio da laicidade "veda qualquer tipo de confusão entre funções religiosas e funções estatais" (*STC 24/1982*, FJ 1). No mesmo sentido, v. SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado, cit., p. 191. Uma situação peculiar se apresentou ao Superior Tribunal Militar. Um oficial, capelão da Aeronáutica, foi condenado por peculato (CPM, art. 303), porque teria se apropriado de doações e taxas destinadas a uma capela situada em uma base militar. As normas internas da Aeronáutica previam que as celebrações realizadas na capela, quando solicitadas pela "família militar", deveriam ser gratuitas, mas os valores recolhidos pelos atos requeridos por terceiros deveriam ser contabilizados e arrecadados como receitas do Fundo Aeronáutico. A Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha ficou vencida na apelação e nos embargos. Em sua avaliação, os recursos em tela poderiam até não pertencer ao réu, mas tampouco poderiam caber ao Poder Público, na medida em que se destinavam à Igreja Católica, como doações

Para a Suprema Corte dos EUA, o Estado está impedido, por um lado, de interferir nas denominações e estas, por outro, não podem ter ingerência na atuação do Estado[1359]. A ideia é obstar "uma fusão de funções governamentais e religiosas ou um concerto ou dependência de um em relação ao outro", em que o apoio do Poder Público "seja usado para apoiar preceitos de uma ou todas as ortodoxias"[1360]. Nessa linha, declarou-se a invalidade de uma lei estadual que compartilhava com igrejas a competência de licenciar estabelecimentos: elas podiam impedir a concessão de licenças para venda de bebidas alcoólicas em um raio de 500 pés a sua volta[1361]. Segundo a Corte Constitucional da Colômbia, as denominações religiosas têm o direito – como qualquer outro grupo – de participar na discussão dos assuntos de interesse geral e dos que lhes afetem em particular, mas a lei não pode tornar obrigatória sua participação nem criar em seu favor um direito de manter representantes em órgãos estatais de decisão[1362]. Isso impõe uma vedação, não ao exercício de funções públicas por autoridades religiosas (*e.g.*, eleitas para o Parlamento), mas só à "*publicização* de uma função religiosa" e à "*confessionalização* de uma função pública, em termos que sugiram, a partir da actividade de um sujeito ou de uma entidade, a existência de uma unidade teológico-política subjacente"[1363].

Como corolários da exigência de diferenciação orgânica, há, portanto, as seguintes proibições, sem pretensão de exaustividade:

(i) subordinação formal de um órgão ou uma atividade estatal à vontade de uma organização ou uma autoridade religiosa[1364];

(ii) submissão da coletividade como um todo, em qualquer esfera federativa, às decisões de uma organização ou uma autoridade religiosa; e

(iii) condicionamento do acesso a cargos e funções públicas ao pertencimento a uma confissão religiosa ou à concordância de organizações ou autoridades religiosas.

---

ou contraprestação por serviços religiosos. Segundo a Ministra, a Aeronáutica havia violado a autonomia da Igreja "ao apossar-se das finanças clericais", intervindo em tema de interesse exclusivo dos fiéis e das autoridades eclesiásticas, com o "propósito simbólico de submeter a Igreja à Administração Militar". Para ela, isso conduziria, no mínimo, à incompetência da Justiça Militar. Em que pese a relevância desses argumentos, prevaleceu o oposto. V. STM, *DJ* 13 maio 2013, Embargos 5-16.2006.7.10.0010/CE, Rel. Min. Olympio Pereira da Silva Junior.

[1359] *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. at 614, 625 (1971).

[1360] *Abington School Dist. v. Schempp*, 374 U.S. at 222 (1963).

[1361] *Larkin v. Grendel's Den, Inc.*, 459 U.S. at 126 (1982).

[1362] *Sentencia C-1175/04*.

[1363] MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, cit., p. 358-359. No mesmo sentido, v. WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*, cit., p. 170.

[1364] A situação inversa – *i.e.*, a proibição de que o Estado interfira nas atividades-fim das organizações religiosas –, embora igualmente vedada, parece melhor abarcada pela liberdade de organização religiosa.

6.3.1.2 Proibição de identificação

A sociedade política não tem uma consciência ou uma identidade[1365] e, por isso, não lhe cabe formular ou acatar verdades inquestionáveis, ou ainda instituir uma ortodoxia cultural ou ética[1366]. Nas palavras do Juiz Jackson da Suprema Corte dos EUA, "se existe uma estrela fixa na nossa constelação constitucional, é que nenhuma autoridade, alta ou pequena, pode definir o que é ortodoxo em política, nacionalismo, religião ou outras questões de opinião"[1367].

Os órgãos estatais e o direito objetivo não podem aderir a discursos religiosos ou sobre a religião (inclusive agnosticismo e ateísmo) ou, menos ainda, incorporá-los a sua estrutura e seu funcionamento[1368]. Isso implica também a inviabilidade constitucional de que o Estado se dedique à promoção de fins particularmente religiosos (como a difusão de uma crença), remeta a fontes religiosas para fundamentar seus atos[1369] ou insira rituais ou manifestações de fé como

[1365] Dieter Grimm afirma que "não há uma obrigação de sacrificar a identidade da sociedade civil a demandas religiosas", o que poderia incluir a defesa do casamento monogâmico, por exemplo. Como aspectos nucleares da "identidade" alemã, o autor menciona a dignidade humana e o núcleo de muitos direitos fundamentais, além do princípio da igualdade (GRIMM, Dieter. Conflicts between general laws and religious norms, cit., p. 2379-2380). No entanto, nem o Estado, nem a sociedade civil podem ter uma "identidade" – enquanto uma identidade do Estado exige uma decisão soberana, que substitua a diversidade social por um nós definido de forma heterônoma, a ideia de uma identidade da sociedade civil contraria o fato do pluralismo (que não é uma expressão da variedade cultural empiricamente observada, mas uma decorrência da natureza autodefinida da identidade pessoal – cada um é e pode ser qualquer coisa, a qualquer tempo). Como aponta David Little, "longe de serem unificadas e harmoniosas, culturas e civilizações são arranjos dinâmicos e fluidos, notadamente sob a influência da moderna tecnologia da informação. São áreas de contendas e controvérsias. A definição da versão da 'cultura oficial' que se torna dominante tipicamente depende, não do resultado de um consenso nacional informado e deliberativo, mas da força e da influência de facções políticas e econômicas particulares" (LITTLE, David. Does the human right to freedom of conscience, religion, and belief have special status?, cit., p. 608). A referência do Professor Grimm à dignidade e a princípios constitucionais, por sua vez, é um elogio da Lei Fundamental alemã e confunde o Estado e a sociedade civil (sugerindo uma concepção da Constituição como "ordem fundamental da sociedade"). Mas o que importa nesse caso é a identidade da Alemanha ou os valores expressos em sua Carta (justa)? Dizer que a Constituição define a identidade do Estado ou da sociedade é recair em um positivismo constitucional que permitiria, na África do Sul do passado, a conservação e a promoção da política do *apartheid*. Dessa forma, relevante não é a "identidade" da sociedade, mas a legitimidade – à luz da justiça política, mediada por uma Constituição justa – da decisão estatal que restringe uma conduta embasada *prima facie* na liberdade religiosa. Tanto assim que o próprio Professor Grimm menciona que não são justificadas, em princípio, leis que protegem os hábitos e costumes majoritários em uma sociedade contra práticas de imigrantes (GRIMM, Dieter. Conflicts between general laws and religious norms, cit., p. 2379).

[1366] Segundo o Tribunal Constitucional da Espanha, o princípio da laicidade impede "que os valores ou interesses religiosos sejam erigidos em parâmetros para aferir a legitimidade ou a justiça das normas e atos dos poderes públicos (*STC 24/1982*, FJ 1).

[1367] *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. at 642 (1943).

[1368] Como corretamente decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, "não tem cabimento admitir a inserção de versículo bíblico nos impressos e documentos oficiais do Município, pois isso evidencia simpatia em relação a determinadas orientações religiosas, o que é expressamente vedado pela Lei Maior" (TJSP, *DJ* 28 jun. 2005, Ação Direta de Inconstitucionalidade 113.349-0/1 (9046700-42.2004.8.26.0000), Rel. Des. Sousa Lima).

[1369] Nessa linha, ao declarar não recepcionado o crime militar de pederastia, o Ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal, destacou: "Vedar o acesso ou expulsar homossexuais das Forças Armadas por conta

parte de procedimentos oficiais[1370]. O Estado laico é aquele que "não deriva sua legitimidade de Deus, mas antes embasa seu poder em razões mundanas. Ele não serve a uma destinação divina e não se sente responsável pela salvação eterna de seus súditos"[1371]. É interessante observar que a ligação entre o Estado e a religião ainda poderia ofender a liberdade religiosa dos agentes públicos, forçados a observar ritos de crenças que não professam[1372]. Aqui se insere também a exigência de *diferenciação simbólica* entre os domínios estatal e religioso – *i.e.*, a proibição do uso de símbolos religiosos em repartições públicas[1373], como as Bíblias nos órgãos legislativos e os crucifixos frequentemente presentes nos tribunais brasileiros, conforme abordado mais adiante.

---

de uma suposta 'degeneração fisiológica e moral', ou ainda em razão de uma contrariedade à 'lei de Deus', é parte de um discurso que não pode ser aceito no espaço público, sob pena, inclusive, de violação ao caráter laico do Estado" (STF, *DJ* 11 maio 2016, APDF 291/DF, Rel. Min. Luís Roberto Barroso; trecho do voto do relator).

[1370] V., *e.g.*, TJMG, *DJ* 3 jul. 2015, Ação Direta de Inconstitucionalidade 10000140725037000, Rel. Des. Antônio Carlos Cruvinel: "Sendo, portanto, o Brasil um Estado laico, afigura-se inconstitucional a resolução da câmara municipal que obriga a leitura de versículos da Bíblia Sagrada antes do início de toda reunião ordinária"; TJRS, *DJ* 5 mar. 2007, Ação Direta de Inconstitucionalidade 70017748831, Rel. Des. Paulo Augusto Monte Lopes: "ADIn. DETERMINAÇÃO DE LEITURA DA BÍBLIA ANTES DO INÍCIO DAS AULAS NAS ESCOLAS MUNICIPAIS EM CALENDÁRIO LETIVO. Violação ao princípio da liberdade religiosa ao privilegiar uma. Arts. 5º, 'caput' e inc. VI, CF e art. 8º, CE. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE". Nos EUA, há um conjunto bastante grande de decisões da Suprema Corte declarando a inconstitucionalidade de leis que impunham, em escolas públicas, a realização de orações e recitações da Bíblia (*Engel v. Vitale*, 370 U.S. 421 (1962); *Abington School Dist. v. Schempp*, 374 U.S. 203 (1963); *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. 38 (1985); *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992); *Santa Fe Independent School Dist. v. Doe*, 530 U.S. 290 (2000)) e a exposição dos Dez Mandamentos (*Stone v. Graham*, 449 U.S. 39 (1980)). No entanto, em um acórdão claramente originalista, a Corte considerou constitucional a prática dos órgãos legislativos de selecionar e remunerar capelães para invocações no início das sessões. Na avaliação da Suprema Corte, essa situação seria "única", tendo sido consolidada historicamente com o apoio dos *Founding Fathers*. Além disso, no caso examinado, o capelão havia removido todas as referências a Jesus Cristo de suas declarações. O acórdão foi redigido pelo *Chief Justice* Burger, que foi acompanhado pelos Juízes White, Blackmun, Powell, Rehnquist e O'Connor. Os Juízes Brennan (acompanhado por Marshall) e Stevens redigiram votos vencidos (*Marsh v. Chambers*, 463 U.S. 783 (1983)). Em *Allegheny County v. Greater Pittsburgh ACLU*, 492 U.S. 573, 603 (1989), a Corte afirmou que o elemento central havia sido a exclusão das referências a Cristo, mas isso foi desqualificado com mero *obiter dictum* em *Town of Greece v. Galloway*, 572 U.S. ___ (2014), quando foi admitida a recitação de preces cristãs em sessões do *Town Board* de Greece. A Juíza Kagan redigiu um voto vencido, acompanhado pelos Juízes Ginsburg, Breyer e Sotomayor, em que sustentou que a licitude da abertura de sessões legislativas com orações não se estenderia a um órgão híbrido como o *Board*, que, inclusive, jamais havia tentado acomodar ou incluir grupos não cristãos. Segundo ela, "essa prática não é compatível com a promessa da Primeira Emenda de que todo cidadão, qualquer que seja sua religião, é titular de uma parte igual de seu governo" (Kagan, J., *dissenting*, at 2).

[1371] GRIMM, Dieter. Conflicts between general laws and religious norms, cit., p. 2372. O autor chama esse Estado de "secular".

[1372] Nesse sentido, a Corte Constitucional da Colômbia declarou a invalidade de dispositivo que violava "a plena liberdade religiosa estabelecida pela Constituição" ao obrigar "o Presidente a participar do culto de uma religião particular". Isso porque "do fato sociológico de que a maioria dos colombianos é católica não decorre que o Presidente sempre deva sê-lo, pelo que a norma poderia obrigar o mandatário a fazer manifestações religiosas de que pode não compartilhar" (*Sentencia C-350/1994*). A legislação exigia que, a cada ano, o Presidente da República, por si ou por um representante, renovasse a consagração oficial da República da Colômbia ao Sagrado Coração de Jesus, em cerimônia organizada pela Igreja Católica.

[1373] MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, cit., p. 359-360; WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*, cit., p. 170.

Como apontou a Juíza O'Connor em célebre voto proferido na Suprema Corte dos EUA, o endosso estatal de uma religião sugere que os não-aderentes são *outsiders*, excluídos, "não membros integrais da comunidade política", ao mesmo tempo em que passa aos fiéis a mensagem de que são *insiders*, "membros favorecidos da comunidade política"[1374]. O mesmo observou a Suprema Corte do Canadá, em caso envolvendo uma lei que exigia a observância compulsória do domingo sabático[1375]. Nas palavras do *Chief Justice* Dickson, que redigiu o acórdão:

> Ao proclamar os padrões da fé cristã, a lei cria um clima hostil aos canadenses não cristãos e cria a aparência de discriminação contra eles. Ela toma valores religiosos ancorados na moralidade cristã e, usando a força do Estado, os traduz em direito positivo, vinculante para crentes e não-crentes da mesma forma. O conteúdo teológico da legislação permanece, para as minorias religiosas no país, como uma sutil e constante lembrança de suas diferenças em relação à cultura religiosa dominante e de sua alienação dela.

A proibição de identificação não envolve nem pressupõe a promoção ou a valoração positiva do mundo secular ou de uma vida sem religião. Uma parede vazia atrás de um juiz não sugere nem recomenda qualquer visão de mundo, assim como uma cédula sem louvor a Deus não nega a validade da Sua celebração. O que parece contrariar algumas pessoas é a *remoção* dessas mensagens, como se o Estado, de súbito, negasse a sua verdade. Mas isso é uma inversão do raciocínio: o erro foi colocar esses símbolos e mensagens onde estavam, o que caracteriza uma apropriação particular de um espaço público. Ainda que se pareçam, o fim de um privilégio e a perda de um direito não se confundem[1376].

Em síntese, pode-se dizer que, da proibição de identificação, se extraem as seguintes vedações, dentre outras imagináveis:

(i) remissão ao direito e a autoridades religiosas como fontes do direito;

(ii) adoção de religiões oficiais ou afirmação da preferência estatal por uma crença ou conjunto de crenças;

(iii) inclusão de mensagens religiosas em pronunciamentos e documentos oficiais,

---

[1374] *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668, 687-688 (1984) (O'Connor, J., *concurring*).

[1375] *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 SCR 295.

[1376] Essa situação parece bem ilustrada pela polêmica envolvida na transformação da capela do Hospital das Clínicas de Porto Alegre – vinculado à Universidade Federal do Rio Grande do Sul – em um "espaço de espiritualidade", ecumênico, sem referências a crenças específicas. Ressalvadas pretensões contratuais e direito reais eventualmente existentes, que tipo de pretensão legítima os católicos poderiam ter para manter apenas para si um espaço que, reformulado para atender também a outros, poderia continuar a ser usado por eles? O caso é narrado por GIUMBELLI, Emerson. O que é um ambiente laico? Espaços (inter)religiosos em instituições públicas. In: *Símbolos religiosos em controvérsias*. São Paulo: Terceiro Nome, 2014, pp. 169-187.

> ou incorporação de práticas, símbolos e ministros religiosos em atos e cerimônias estatais.

6.3.1.3 Proibição de favorecimento (ou desfavorecimento)

Esse dever decorre do anterior. Por não poder ter preferências abstratas em matéria de religião, um Estado laico não pode favorecer (ou desfavorecer) certas crenças em detrimento (ou benefício) de outras[1377]. Aqui a laicidade se une à proibição de discriminação por motivo de religião para vedar que pessoas ou denominações tenham vantagens ou desvantagens injustas. Convém ressaltar o ponto porque, diferentemente da invocação da liberdade religiosa – que pressupõe um "ofendido", obrigado a fazer ou impedido de realizar alguma conduta amparada por aquele direito –, o princípio da laicidade é uma exigência dirigida *objetivamente* contra o Estado, que se traduz em um *direito difuso* à adequada condução das funções estatais e da correta gestão do patrimônio público[1378]. Isto é: a invalidade persistirá ainda que a disparidade de tratamento não gere danos à esfera jurídica de uma pessoa ou um grupo em particular.

Da perspectiva do Poder Público, isso remete ao *princípio da impessoalidade*, pois impõe a diferenciação entre a consciência do agente público (que é livre para ter uma religião) e sua atuação funcional (que deve observar a imparcialidade): quem exerce função pública não pode lidar com os atos estatais e o patrimônio público como se se tratasse de extensões de sua identidade pessoal e sua casa[1379]. Se não lhes cabe usar bens públicos para fins particulares, não é lícito que os empreguem para promoção de (seus) objetivos religiosos, como a propagação de uma crença[1380], o incentivo ao culto de uma religião (ou das religiões de forma geral), ou a

---

[1377] GRIMM, Dieter. Conflicts between general laws and religious norms, cit., p. 2373; MARTINEZ-TORRON, Javier. Freedom of religion and the Spanish Constitutional Court. *Brigham Young University Law Review*, n. 2, pp. 711-754, 2001, p. 719; SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado, cit., p. 191.

[1378] Nesse sentido, a laicidade serve como reforço à liberdade religiosa. No sistema europeu, por exemplo, em que o estabelecimento de religiões não é considerado incompatível com a Convenção, o fato de uma denominação ser vinculada ao Estado se traduz em uma maior latitude de interferência das autoridades civis na organização religiosa (EVANS, Carolyn; THOMAS, Christopher A. Church-State relations in the European Court of Human Rights, cit., p. 717 e ss.). Os autores citam casos em que se considerou lícita a punição de ministros religiosos que exigiram que casais se submetessem a um curso de religião antes de batizarem seus filhos, criticaram abertamente a legislação sobre aborto e se opuseram à ordenação de mulheres.

[1379] TJRJ, *DJ* 15 out. 2015, Representação de Inconstitucionalidade 0066288-37.2014.8.19.0000, Rel. Des. Carlos Eduardo da Fonseca Passos: "Obrigação de manutenção de exemplares da bíblia sagrada em bibliotecas situadas no âmbito deste estado. [...] Não observância do princípio da laicidade. Necessária separação dos poderes político e administrativo da fé religiosa. Ofensa à igualdade de credos e à impessoalidade dos órgãos públicos".

[1380] TJRJ, *DJ* 4 mar. 2016, Representação de Inconstitucionalidade 0018946-93.2015.8.19.0000, Rel. Des. Carlos Santos de Oliveira: "Trata-se de Representação de Inconstitucionalidade em face da Lei 556/2014, do Município

criação de dificuldades e custos em detrimento de uma denominação ou grupo de denominações. Embora seja inviável – e, talvez, indesejável – separar inteiramente o Estado da religião, é induvidoso que um Estado laico não pode favorecer ou desestimular qualquer crença ou até a religião como categoria geral.

Por essa razão, não há como concordar com a corrente *não preferencialista*, defendida na Suprema Corte dos EUA pelo então Juiz Rehnquist, para quem a Constituição "não impôs ao governo uma neutralidade entre a religião e a irreligião, nem proibiu o Governo Federal de fornecer assistência não discriminatória às religiões"[1381]. No Brasil, uma ideia semelhante é advogada por Paulo Gustavo Gonet Branco, que afirma que a *religiosidade* teria sido acolhida pela ordem constitucional "como um bem em si mesmo, como um valor a ser preservado e fomentado", sendo que a "Constituição assegura a liberdade dos crentes porque toma a religião como um bem valioso por si mesmo, e quer resguardar os que buscam a Deus de obstáculos para que pratiquem seus deveres religiosos"[1382]. Essa postura – embora mais imparcial que a defesa de um credo específico – é também inadequada por passar a mensagem de que os ateus e os agnósticos são cidadãos a quem a Constituição não deve justificativas[1383].

A orientação aqui defendida se alinha à *neutralidade* que o Tribunal Constitucional Federal alemão exige do Poder Público: não se trata de insistir em uma impossível assepsia valorativa, mas tão somente de assegurar que o Estado permaneça equidistante em relação às orientações sobre a religião, a fim de preservar seu papel como garantidor da paz religiosa na

---

de São Gonçalo, que estabelece que todas as bibliotecas das escolas públicas e particulares do ensino fundamental e médio daquele Município deverão disponibilizar Bíblias nos formatos impresso, em braile e em áudio. [...] Liberdade religiosa e laicidade do Estado (art. 22, § 1º, da Constituição Estadual; art. 5º, VI, da Constituição Federal). Obrigatoriedade de disponibilização da Bíblia em posição de destaque nas escolas, e tão somente da Bíblia, que pode se transformar em instrumento de proselitismo. Religiões de menor expressão em nossa sociedade, e mesmo formas de humanismo e ateísmo, sem dogmas, que também convivem no espaço público, merecendo idêntico respeito".

[1381] *Wallace v. Jaffree*, 472 U.S. at 106 (1985) (Rehnquist, J., *dissenting)*.

[1382] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Liberdades. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, cit., pp. 318 e 319. Antes da Constituição de 1988, o STF parece ter acolhido algo semelhante: "Suspensão condicional da pena. Suas condições. Caso em que se proibiu o beneficiário de frequentar, auxiliar ou desenvolver cultos religiosos que forem celebrados em residências ou em locais que não sejam especificamente destinados ao culto. Trata-se de condição que é contrária ao princípio inscrito no parágrafo 5º, do art. 153, da Constituição, sobre a liberdade religiosa. A Justiça deve estimular no criminoso, notadamente o primário e recuperável, a prática da religião, por causa do seu conteúdo pedagógico, nada importando o local" (STF, *DJ* 26 jun. 1981, RE 92.916/PR, Rel. Min. Antonio Neder).

[1383] Criticando a linha não preferencialista, v. NUSSBAUM, Martha. *Liberty of conscience*, cit., pp. 109-114, e 266 e ss. Sublinhando que "a neutralização estatal significa radical indiferença por toda a valorização religiosa do fato religioso (o Estado não valora ou desvalora, em atitude confessional, a consciência laica por oposição à consciência religiosa ou a consciência de certa religião relativamente a uma outra)", v. PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão nº 423/87*.

sociedade[1384]. Diante disso, considerou-se que, apesar de ser válida a classificação estatal de denominações como "seitas", "religiões juvenis", "seitas juvenis" e "psicosseitas" – que envolviam a aplicação de critérios descritivos –, era inconstitucional o uso de termos como "destrutivo" e "pseudorreligioso", considerados difamatórios e, assim, prejudiciais ao grupo envolvido[1385]. No mesmo sentido, a Corte Constitucional italiana declarou a invalidade de diversas normas penais que distinguiam entre as ofensas ao sentimento religioso, concedendo uma proteção especial ao catolicismo[1386]. Já a Corte Constitucional da Colômbia optou por estender a outras denominações uma série de regras incidentes apenas sobre a Igreja Católica, incluindo benefícios fiscais e obrigações acessórias[1387] e normas sobre a isenção do serviço militar[1388].

O ponto é particularmente relevante quando está em jogo a cooperação entre o Estado e as entidades religiosas. Como registrou o Tribunal Constitucional Federal alemão, "também naqueles casos em que o Estado colabora com tais comunidades ou as incentiva, não pode haver identificação com certas comunidades religiosas"[1389]. A questão, porém, é mais complexa do que essa frase sugere.

Nos EUA, a jurisprudência não é absolutamente uniforme quanto ao tema, em especial pelo caráter elástico dos critérios empregados. Para serem válidas, as medidas de cooperação devem observar os três requisitos consolidados no chamado *Lemon test*[1390], quais sejam: **(i)** a medida deve ter um fim secular; **(ii)** seu efeito principal ou primário não pode ser a promoção ou inibição da religião; e **(iii)** a medida não pode produzir um "excessivo enredamento" [*entanglement*] do Estado com a religião. A aplicação dessas exigências é bastante errática, em

---

[1384] 1 BvR 670/91, § 34; e BVerfGE 91, 3 (Kruzifix). In: SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, cit., p. 370.

[1385] 1 BvR 670/91, §§ 45 e ss.

[1386] V., *e.g.*, *Sentenza n. 168 del 2005*, que menciona outros precedentes. Apontou-se que "as exigências constitucionais de igual proteção ao sentimento religioso, que subjazem à equiparação do tratamento sancionador das ofensas cometidas, seja à religião católica, seja às outras confissões religiosas [...] se reconduzem, de um lado, ao princípio da igualdade perante a lei sem distinção de religião [...], [e] de outro ao princípio da laicidade ou não-confessionalidade do Estado [...], que implica, nomeadamente, equidistância e imparcialidade em relação a todas as religiões [...]".

[1387] *Sentencia T-621 de 2014*; *Sentencia T-352 de 1997*.

[1388] *Sentencia C-027 de 1993*.

[1389] ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 91, 3 (Kruzifix). In: SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, cit., p. 370. No mesmo sentido, v. MARTINEZ-TORRON, Javier. Freedom of religion and the Spanish Constitutional Court, cit., p. 720.

[1390] O nome resulta do caso em que a Suprema Corte consolidou o teste: *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. at 612-613 (1971).

especial no que se refere ao apoio concedido pelo Poder Público a escolas confessionais[1391]. O principal problema parece estar no terceiro ponto, já que esse enredamento é algo de difícil identificação[1392]. Ademais, há certo desconforto em afirmar que exceções (*e.g.*, objeção de consciência) teriam um fim primordialmente secular, já que seu objetivo é justamente viabilizar o exercício de uma crença[1393].

Por tudo isso, há um amplo movimento no sentido de rever o enquadramento dessas questões, simplificando o controle e restabelecendo seu foco no que importa: a equidistância do Estado em relação às convicções sobre a religião. Nessa linha, Michael McConnell e Richard A. Posner sugerem como critério de avaliação o tratamento dispensado a instituições e atividades não religiosas: havendo uma "competição" entre organizações e práticas religiosas e não religiosas, o Estado deve cuidar para não fomentar umas em detrimento das outras. Assim, "as igrejas podem receber benefícios do governo, e estar expostas a ônus, desde que os benefícios e os ônus tenham consequências aproximadamente neutras para instituições comparáveis"[1394]. Com base nesse critério, avaliam como legítima a isenção de tributos imobiliários em favor das organizações religiosas porque, em geral, o mesmo ocorre com outras entidades sem fins lucrativos; mas consideram lícita a cobrança de tributos sobre as atividades "comerciais" das igrejas – aqui, seus principais concorrentes são entidades com fins lucrativos, que não têm o mesmo benefício tributário[1395].

[1391] Segundo McCONNELL, Michael W.; POSNER, Richard A. An economic approach to issues of religious freedom, cit., p. 26, a Corte já decidiu em favor do apoio estatal para "almoços nas escolas, testes padronizados preparados pelo Estado, serviços de diagnóstico na escola, serviços terapêuticos fora da escola e reforço escolar fora da escola", tendo considerado inválido o apoio estatal para "passeios de ônibus em viagens de campo, mapas, filmes, testes preparados pelos professores, serviços terapêuticos e remediais na escola, e conservação e reparação de prédios escolares".

[1392] NUSSBAUM, Martha. *Liberty of conscience*, cit., p. 288. A autora ilustra sua opinião fazendo referência a um caso. Em *Aguilar v. Felton*, 473 U.S. 402 (1985), uma Suprema Corte muito dividida (5 a 4) declarou a inconstitucionalidade de um programa da cidade de Nova York, que pagava os salários de professores que ofereciam reforço escolar para crianças pobres em matéria de leitura e matemática – inclusive, mas não exclusivamente, dentro de escolas confessionais, depois que medidas alternativas (como a oferta do serviço em escolas públicas próximas) fracassaram. Embora se tenha reconhecido que o programa tinha um fim secular legítimo e fosse, no mínimo, questionável que seus efeitos primários envolvessem a promoção de crenças, entendeu-se que: (i) evitar a doutrinação exigiria o monitoramento constante do Estado, violando a liberdade das instituições religiosas; (ii) a presença dos professores, pagos pelo erário público, em escolas confessionais criaria uma "união simbólica" entre o Estado e a igreja; e (iii) ao retirar das escolas o ônus de custear o reforço escolar, o programa as ajudaria indiretamente a oferecer uma instrução religiosa (*Ibid.*, pp. 288-289). A orientação adotada no caso *Aguilar* foi afastada pela Corte em *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203 (1997).

[1393] McCONNELL, Michael W.; POSNER, Richard A. An economic approach to issues of religious freedom, cit., p. 6. Sem dúvida, pode-se dizer que o que está em jogo é a tutela de um direito fundamental – a liberdade religiosa – e não um interesse sectário, mas o desconforto parece razoável a ponto de justificar sua menção.

[1394] *Ibid.*, p. 12.

[1395] *Ibid.*, pp. 12-14. Nessa linha, a Suprema Corte dos EUA considerou constitucional a isenção do imposto sobre a propriedade em favor de organizações religiosas. Na avaliação da Corte, o objetivo da medida não era favorecer ou prejudicar qualquer religião ou mesmo a religiosidade de forma ampla; as entidades religiosas entraram na lei

Levando em conta que o Estado não está autorizado a promover a religião (ou uma religião) em si, os autores formulam três regras que, a seu juízo, dão aplicação à exigência de neutralidade: **(i)** "Os efeitos sobre as práticas religiosas devem ser minimizados, e só podem ser justificados com base em uma relação, demonstrável e inevitável, com fins públicos não relacionados com os efeitos que geram sobre a religião"; **(ii)** "As instituições e atividades religiosas podem ser submetidas a um tratamento diferenciado apenas quando isso seja necessário para atingir uma finalidade pública não relacionada à religião"; e **(iii)** "Os fins públicos [mencionados acima] não podem incluir os efeitos (inclusive os efeitos seculares) que decorrem da adoção ou da rejeição de uma crença religiosa"[1396]. Como se vê, em sua avaliação, o único critério que importa no *Lemon test* é o segundo: as medidas estatais não podem promover ou inibir a religião[1397]. Essa conclusão foi seguida, por exemplo, por Douglas Laycock, que a chama de *neutralidade substantiva:* o Estado deve minimizar os efeitos que seus atos possam ter no sentido de "encorajar ou desencorajar a crença ou a descrença, a prática ou a abstenção, a observância e a não-observância"[1398]. Essa ideia tem a vantagem de aproximar a laicidade da liberdade religiosa, na medida em que reforça o caráter voluntário da adesão a uma crença ao reduzir a interferência estatal[1399].

O ponto também é sublinhado por Martha Nussbaum, para quem a neutralidade é o elemento central a ser perseguido. Segundo a autora – que, como os anteriores, associa neste particular a laicidade e a liberdade religiosa –, o que se deve observar é a proibição de que os benefícios conferidos pelo Estado estejam condicionados à filiação religiosa de alguém. Isto é: a promoção das finalidades estatais deve ser feita independentemente da crença de cada um ou da participação de uma organização religiosa; do contrário, algumas pessoas, apenas por seguirem uma fé, seriam excluídas dos benefícios distribuídos. Como exemplo de aplicação desse critério, ela cita acórdãos da Suprema Corte dos EUA em que se admitiu que recursos públicos de programas voltados a alunos com deficiência fossem usados em um curso de

---

ao lado de outras instituições com fins não lucrativos, cujas atividades poderiam ser prejudicadas pela incidência de tributos. V. *Walz v. Tax Commission of the City of New York*, 397 U.S. 664 (1970). Decidiu-se, contudo, que o mesmo não ocorreria com uma isenção fiscal concedida apenas em favor de publicações religiosas. V. *Texas Monthly, Inc. v. Bullock*, 489 U.S. 1 (1989). A mesma lógica vale ao inverso: a incidência de tributos gerais sobre as vendas feitas por organizações religiosas não seria inconstitucional. V. *Swaggart Ministries v. Cal. Bd. of Equalization*, 493 U.S. 378 (1990).

[1396] McCONNELL, Michael W.; POSNER, Richard A. An economic approach to issues of religious freedom, cit., p. 14.

[1397] *Ibid.*, p. 6.

[1398] LAYCOCK, Douglas. Formal, substantive, and disaggregated neutrality towards religion, cit., p. 1001.

[1399] *Ibid.*, p. 1002. No mesmo sentido, v. McCONNELL, Michael W.; POSNER, Richard A. An economic approach to issues of religious freedom, cit., p. 33.

formação de ministros religiosos[1400] e para a contratação de um intérprete de sinais para acompanhar um jovem em uma escola confessional[1401]. Em ambos os casos, considerou-se que as medidas estatais em si eram neutras, não endossando discursos religiosos ou incentivando a transferência para escolas religiosas; os alunos é que, no exercício da sua liberdade, haviam optado por usar os recursos para esses fins.

Em vez de neutralidade, parece mais adequado falar em equidistância ou mesmo igualdade. A ideia, como visto, é evitar o favorecimento. Dessa forma, embora a cooperação do Estado com as religiões seja admissível – textualmente permitida no Brasil[1402] –, a licitude dos programas implementados para esse fim depende da observância do princípio da isonomia[1403]. Assim, os critérios que governam as medidas de colaboração do Poder Público devem ser objetivos e imparciais, não se voltando à promoção ou ao desincentivo de uma crença ou de um conjunto de crenças em particular[1404].

Essas considerações ajudam a iluminar a adequada interpretação do art. 19 da Carta, que admite a "cooperação de interesse público" entre o Estado e as entidades religiosas. Em que pese a grande indeterminação da expressão *interesse público* – que vem sofrendo pesadas críticas nos últimos anos[1405] –, é possível extrair do que se acaba de expor ao menos uma limitação negativa: o interesse público a que se refere a Constituição seguramente não se confunde com a promoção ou o apoio de uma crença ou organização religiosa em particular. Da mesma forma, ele não é sinônimo de "qualquer interesse da maioria", nem, muito menos,

---

[1400] *Witters v. Washington Department of Services for Blind*, 474 U.S. 481 (1986).

[1401] *Zobrest v. Catalina Foothills School District*, 509 U.S. 1 (1993).

[1402] CRFB, art. 19: "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".

[1403] UNITED NATIONS. Human Rights Committee. Communication No. 694/1996, *Arieh Hollis Waldman v. Canada*, Views adopted on 3 November 1999. O Comitê decidiu que o PIDCP não exige a destinação de recursos públicos para escolas confessionais, mas o Estado que optasse por essa medida não poderia agir de forma discriminatória, prestigiando só uma confissão.

[1404] FRANÇA. Conselho Constitucional. *Décision nº 2009-591 DC du 22 octobre 2009*. Loi tendant à garantir la parité de financement entre les écoles élémentaires publiques et privées sous contrat d'association lorsqu'elles accueillent des élèves scolarisés hors de leur commune de résidence, § 6: "o princípio da laicidade não é obstáculo à possibilidade de o legislador prever, desde que fundamente sua avaliação em critérios objetivos e racionais, a participação das coletividades públicas no financiamento da operação de estabelecimentos de ensino privados mediante contrato de associação conforme a natureza e a importância de sua contribuição ao cumprimento de atribuições de ensino" ; e *Décision nº 93-329 DC du 13 janvier 1994.* Loi relative aux conditions de l'aide aux investissements des établissements d'enseignement privés par les collectivités territoriales, § 27: "os auxílios concedidos [às escolas privadas] devem, para estar em conformidade com os princípios da igualdade e da liberdade, obedecer a critérios objetivos".

[1405] V. os estudos reunidos em SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos* versus *interesses privados:* desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

de "interesse dos governantes" – ninguém pode usar o Estado para promover, em nome de todos, os fins ditados por sua própria consciência individual.

Parece razoável afirmar, assim, que *público*, em um Estado plural, é aquele interesse que não seja *particular* ou *sectário*, reconduzindo-se à satisfação de necessidades e objetivos humanos que não se limitem à promoção de concepções ético-religiosas particulares. Além de ser a que mais promove o princípio da laicidade, essa interpretação é a que melhor se encaixa no texto da Constituição: a "colaboração de interesse público" a que alude o art. 19, I, em sua parte final, só pode ser aquela que não diga respeito a finalidades exclusivamente religiosas, porque estas recaem na proibição da primeira parte do dispositivo – que veda relações de dependência ou aliança entre o Estado e as confissões religiosas, bem como o estabelecimento e a subvenção de cultos[1406].

No universo da cooperação permitida se inserem a promoção e a proteção de direitos fundamentais e da justiça social, por ações voltadas, *e.g.*, à melhoria das condições materiais de vida das pessoas carentes (saúde, educação etc.). Desde que operem nesse sentido, as organizações religiosas podem ser contempladas por parcerias e até mesmo apoios materiais do Poder Público. Nessa linha, é comum que hospitais vinculados a organizações religiosas sejam conveniados ao Sistema Único de Saúde – SUS em caráter complementar às instituições estatais (CRFB, art. 199, § 1º). Em matéria de educação, a Constituição admite que recursos públicos sejam destinados a escolas confessionais, desde que atendam aos requisitos pertinentes, dentre os quais a comprovação de finalidade não lucrativa (CRFB, art. 213)[1407].

Em todos esses casos, não é a religião em si o objeto do favor estatal, mas os serviços que prestam as entidades – tanto que outras pessoas jurídicas privadas, em circunstâncias semelhantes, também podem se beneficiar do apoio do Estado. Melhor dizendo: *devem* se beneficiar – se o que importa é a função de interesse público exercida, e não a natureza ou inclinação religiosa de quem a desempenha, em princípio não há justificativa legítima para

[1406] Na França, por um lado, a Corte Administrativa de Recursos de Bordeaux considerou legítima a decisão de uma autoridade local que se recusara a subvencionar a instalação de painéis solares em uma abadia beneditina. Entendeu-se que só se admitiria o uso de recursos públicos para obras em prédios religiosos que não pertencessem ao Estado quando a melhoria envolvesse um interesse público local, não sendo destinada exclusivamente ao exercício do culto, e o dinheiro não se dirigisse diretamente à entidade religiosa (Cour administrative d'appel Bordeaux, 6 mars 2012, *Communauté des Benedictines de L'Abbaye Sainte Scholastique*). Por outro lado, há antiga jurisprudência administrativa no sentido de que ministros religiosos podem ser remunerados se efetivamente exercem função pública (*e.g.*, padre que atua como secretário da Prefeitura), embora a ausência de um serviço público real caracterize uma subvenção ilícita à religião. V. DURAND-PRINBORGNE, Claude. *La laïcité*. 2e ed. Paris: Dalloz, 2004, p. 79.

[1407] Neste setor, outra forma de cooperação, a ser examinada mais adiante, é a oferta obrigatória do ensino religioso nas escolas públicas (CRFB, art. 210, § 1º).

instituir uma discriminação entre elas. Como é próprio da *igualdade*, isso vale para os dois lados: tampouco seria válido que o Poder Público proibisse que grupos religiosos fossem contemplados por alguma medida de fomento ou benefício relacionado a atividades que eles exercem da mesma forma que os demais[1408].

A eventual coincidência de interesses religiosos e laicos pode ocorrer, *e.g.*, também em razão do potencial turístico de um sítio ou de uma prática religiosa já estabelecida em uma região (como o monumento do Cristo Redentor no Rio de Janeiro e o Círio de Nazaré em Belém do Pará), ou da tutela do patrimônio histórico, cultural e arquitetônico (como no apoio à revitalização de um templo centenário)[1409]. Nessas situações, as circunstâncias do passado

[1408] A jurisprudência da Suprema Corte dos EUA é particularmente interessante nesta matéria. São três os casos a serem destacados. O primeiro deles é *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263 (1981): a Corte considerou inválida a decisão de uma universidade pública de negar que um grupo estudantil, devidamente registrado, usasse espaços no campus para atividades religiosas. Todos os grupos registrados na universidade tinham permissão de usar a propriedade para suas atividades. Na avaliação da Corte, uma política de acesso igualitário seria suficiente para satisfazer o princípio da laicidade – a universidade não abriria um espaço para difusão do discurso religioso, mas apenas admitiria seu uso livre pelos alunos. Dessa forma, não se tratava de um discurso aprovado ou reconduzido à universidade em si, sendo certo que o caráter secular da medida era garantido pela multiplicidade de grupos estudantis, com orientações muito diversas, que se beneficiavam da medida. Consequentemente, negar o acesso em iguais condições aos grupos religiosos seria inconstitucional. A mesma orientação foi aplicada no segundo caso, *Rosenberger v. University of Virginia*, 515 U.S. 819 (1995): entendeu-se que a universidade não podia se recusar a fornecer recursos para custear publicações editadas por um grupo estudantil cristão, quando o benefício era utilizado por outros grupos e não havia risco de associação da mensagem religiosa com a universidade em si (as próprias normas universitárias exigiam que os impressos afirmassem sua independência em relação à instituição de ensino). Por fim, em *Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free School Dist.*, 508 U.S. 384 (1993), a Suprema Corte decidiu que, embora o distrito escolar não fosse obrigado a ceder o uso de suas propriedades para terceiros, a adoção de uma política nesse sentido deveria observar o princípio da igualdade. Por isso, era inconstitucional a proibição de seu uso para fins religiosos, quando outras finalidades (*e.g.*, sociais, cívicas e até recreativas) eram admitidas.

[1409] Situação mais complexa envolve a realização de grandes eventos. No Rio de Janeiro, o Tribunal de Justiça julgou improcedente ação de improbidade administrativa relacionada ao emprego de recursos públicos na Jornada Mundial da Juventude, ocorrida na capital do Estado em 2013. Na avaliação do Tribunal, tratar-se-ia de um "[i]ncentivo visando realizar evento internacional de grande porte que, ainda que possua caráter religioso, representa o fomento do turismo não só no Estado ou no Município do Rio de Janeiro, mas em todo o Brasil. Inegável interesse público, diante do incremento do turismo interno e externo, e do expressivo impacto econômico gerado, considerando que de acordo com os números do Ministério do Turismo, foram injetados R$1,8 bilhões pelos turistas no País" No caso, seria justificado o "[a]porte de capital para o fomento do evento [...] diante dos inegáveis benefícios econômicos gerados principalmente para a Cidade do Rio de Janeiro, com aumento de arrecadação de tributos, geração de empregos, e incremento do turismo e do consumo. Ausência de violação à vedação de subvencionamento de eventos religiosos, ao direito a liberdade de credo, ao princípio do Estado Laico, ou a qualquer princípio basilar da Administração Pública" (TJRJ, *DJ* 27 ago. 2015, Apelação 0021543-66.2014.8.19.0001, Rel. Des. Camilo Ribeiro Ruliere). No entanto, o Tribunal de Justiça de São Paulo proibiu um Município paulista de subvencionar o evento "Marcha para Jesus" (TJSP, *DJ* 13 jan. 2014, Apelação 0011832-03.2011.8.26.0533, Rel. Des. Torres de Carvalho) e, no Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso do Sul, o Cons. Ronaldo Chadid considerou irregular a contratação, por um Município, de uma empresa de promoção de eventos para organizar e realizar um Festival Gospel no local. Embora aparentemente use laicidade e laicismo como sinônimos, sugerindo uma separação mais radical entre o Estado e a religião, a decisão afirma corretamente: "Não pretendo aqui dizer que a população de Anastácio/MS deva ser tolhida de seu direito à liberdade religiosa, apenas saliento que a laicidade e mesmo a imunidade tributária (concedida pelo art. 150, VI, 'b', da CF) de que gozam já são valores que garantam seu livre desenvolvimento e atividades religiosas, têm também a população direito ao acesso à cultura e ao lazer, sendo dever do poder público promovê-lo, o que não pode ocorrer é o enquadramento artificioso de eventos religiosos como se fossem artísticos e culturais a fim de justificar o emprego

podem gerar um relativo desequilíbrio: em um país de tradição católica, será provavelmente mais comum encontrar exemplares de arquitetura histórica em igrejas ligadas a Roma do que em templos de outras denominações. Nada obstante, para evitar o direcionamento indevido, o apoio estatal deve sempre observar critérios objetivos e imparciais do ponto de vista das religiões (*e.g.*, o período histórico da construção, o fato de ser o primeiro templo daquele credo no Brasil, o estilo arquitetônico, a relevância histórica do prédio)[1410].

Uma situação inteiramente diversa é aquela em que recursos públicos são utilizados para *construir* um templo. Diferentemente de uma política de recuperação do patrimônio arquitetônico, nem mesmo um programa geral de apoio à construção de templos religiosos seria lícito, porque promoveria a "vida religiosa" em oposição à "vida secular". Ainda assim, contudo, o Superior Tribunal de Justiça afastou a condenação de ex-Prefeito do Rio de Janeiro que havia contribuído com a edificação de uma igreja católica na cidade[1411]. As principais razões de decidir parecem estar relacionadas aos requisitos para a caracterização do ato de improbidade administrativa (entendeu-se que não haveria prova de dolo e que a contribuição de R$ 150.000,00 justificaria a aplicação do "princípio da insignificância"). Nada obstante, o relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, afirmou que, por si, a destinação dos recursos à edificação de uma igreja, "*é de natureza infracional extremamente incerta e duvidosa* e isso porque, como se sabe, a sociedade brasileira é profundamente religiosa – *embora o Estado seja laico, mas não ateu, e muito menos ímpio*"[1412]. Segundo o relator, haveria a "circunstância histórica e sociológica de a Fé Cristã haver aportado ao Brasil nas caravelas dos seus descobridores, cujas naus, aliás, ostentavam a Cruz de Cristo como símbolo e motivo para as suas ousadas aventuras transoceânicas".

Como visto acima, esses fatos são inegáveis, mas não autorizam a conclusão de que o Estado poderia aprofundar os laços com uma crença ou com a religião em tese. Ao contrário do que afirma o voto, a conservação da Catedral de Brasília ou dos Profetas de Aleijadinho se

---

de verba pública para seu patrocínio" (TCE/MS, *DO* 4 abr. 2016, Processo TC/18837/2013, Rel. Cons Ronaldo Chadid).

[1410] Um exemplo que parece bastante claro: o Governo do Estado do Rio de Janeiro afirma apoiar o projeto de restauração do Templo da Humanidade (Glória, Rio de Janeiro/RJ), vinculado à Igreja Positivista, e considerado o primeiro dos seus templos no mundo. Tudo isso, além da relevância do acervo da Igreja – cujos adeptos participaram ativamente do movimento que levou à Proclamação da República – parece suficiente para demonstrar que a recuperação do prédio e sua conservação não se limitam ao interesse de promoção da crença positivista. V. LIMA, Ludmilla de et al. Templo positivista à espera de restauro na Glória. *O Globo*, 21 set. 2014. Disponível em: < http://oglobo.globo.com/rio/design-rio/templo-positivista-espera-de-restauro-na-gloria-14001962#ixzz4R7nxdglY>. Acesso em: 26 nov. 2016.

[1411] STJ, *DJ* 8 mar. 2016, REsp 1.536.895/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.

[1412] Destacado no original.

dirige à consecução de um fim público relevante – a preservação do patrimônio histórico e arquitetônico – que a construção de uma igreja *nova* jamais poderia promover.

O acórdão foi unânime, mas o único voto escrito, além do relator, foi proferido pelo Desembargador Olindo Menezes, convocado para atuar no STJ. Segundo ele, "o recorrente agiu em função do pleito da comunidade multicultural", sendo certo que "a cultura brasileira, não só a brasileira, a cultura ocidental, é tributária da tradição cultural-religiosa judaico-cristã. É impossível separar a cultura ocidental da tradição judaico-cristã". Com todo o respeito, é difícil conceber que a "comunidade multicultural" tenha pleiteado a construção de um templo sectário. E é ainda mais complexo imaginar como seria possível ao Município atender de forma isonômica a todas as solicitações idênticas que viessem a ser feitas para a construção de terreiros, centros espíritas, *covens* wiccanos, sinagogas, igrejas protestantes – de todas as linhas – e mesquitas. É por isso que é inviável ao Poder Público atender a qualquer dos grupos interessados sem recair em indevido favoritismo. Ainda que a cultura brasileira (e a ocidental em geral) pudesse ser reduzida à "tradição judaico-cristã" – fechando os olhos às matrizes indígenas e africanas, além das demais correntes que integram o país –, só seria viável remeter a essa "tradição" se ela merecesse algum tipo de destaque ou primazia em meio às outras, o que contrariaria a proibição de identificação.

Por tudo isso, e qualquer que seja a orientação adotada em matéria de improbidade administrativa – tema estranho ao presente estudo – as premissas observadas pelo STJ quanto ao princípio da laicidade não resistem a um exame mais detido.

Da proibição de favorecimento (ou desfavorecimento), podem-se extrair as seguintes decorrências:

(i) o Estado não pode subscrever ou promover uma mensagem religiosa ou mesmo a vida religiosa de forma geral (nem, ao inverso, uma mensagem antirreligiosa ou a vida secular, em detrimento da religiosa);

(ii) as medidas estatais devem ser construídas de forma que se minimize o efeito de estimular ou desestimular práticas ou filiações religiosas;

(iii) a cooperação do Estado com as organizações religiosas é lícita, desde que: **(a)** envolva a promoção de fins públicos relevantes (*e.g.*, educação, acessibilidade para pessoas com deficiência, apoio à juventude, saúde); mais especificamente, **(b)** não se volte à promoção de fins religiosos; e **(c)** seja parte de um programa amplo, geral e imparcial, que alcance todas as pessoas e situações semelhantes (*e.g.*, em matéria de educação, as escolas privadas, filantrópicas ou não, conforme o caso), de modo que o apoio do Estado não gere um desvio na

> concorrência ou estimule a busca por um discurso religioso ou não religioso (o que deve depender apenas da vontade dos interessados – as famílias dos alunos no exemplo das escolas).

6.4 **Algumas questões específicas**

6.4.1 O que a laicidade não é: neutralidade e secularização

Feitos esses registros, é preciso dar uma pausa para fazer alguns esclarecimentos sobre o que a laicidade *não é*. E ela não é sinônimo de neutralidade, nem de secularização.

O *primeiro* ponto pode parecer estranho diante das inúmeras referências à neutralidade neste contexto. Nada obstante – como já observado –, é impossível tomar decisões sendo neutro. Não é diferente com o Estado: há muitas perspectivas e opiniões sobre as questões que se apresentam e é preciso optar por uma (ou uma combinação) delas. Os partidos políticos perderiam sua razão de ser se a condução do Estado não pudesse se adequar a ideologias e convicções das quais muitos discordam. Nem mesmo o nada fazer é neutro porque implica a manutenção do *status quo*, qualquer que ele seja. Tratar a laicidade como assepsia valorativa é ignorar a inevitável necessidade de *decidir*[1413]. Mais que isso, é perder de vista que o ideal do Estado democrático de Direito é, ele próprio, baseado em valores – que, aliás, entram em choque com diversos outros, inclusive os baseados na fé.

De fato, quando se fala em neutralidade nesta matéria o que se tem em mira, em rigor, é a ideia de que o Poder Público, como árbitro dos conflitos sociais, não deve se vincular diretamente a alguma das diversas correntes que existem na sociedade. Tudo isso remete ao ideal de imparcialidade, que impõe ao Estado manter uma representatividade universal diante de uma sociedade plural. Mas, como uma referência aos partidos políticos ajuda a mostrar, essa exigência é preservada pela diferença entre *Estado* e *governo:* o que legitima o exercício do poder político não é a concordância de todos com as decisões tomadas por quem ocupa os cargos relevantes, mas a justiça do quadro constitucional, que garante a identificação dos

[1413] Em linha semelhante, v. MACHADO, Jónatas E. M. A liberdade de expressão entre o naturalismo e a religião. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXXXIV, pp. 89-187, 2008, p. 160-165.

cidadãos com o Estado, ainda que discordem do governo. É no sistema como um todo que os vencidos – as minorias – precisam confiar.

Isso sublinha que, dentre todas as instituições, a Constituição é aquela sobre a qual recai a maior exigência de imparcialidade. Ela é, por isso, o repositório da não-identificação do Estado e, consequentemente, a sede do princípio da laicidade. A lei será chamada a decidir questões das quais seria impróprio à Constituição tratar (*e.g.*, a política concreta de combate à inflação) – nessas matérias, não é só esperado, mas correto que a orientação adotada siga a corrente dominante no cenário eletivo. Assim como é natural e justo que a predominância de partidos de esquerda incline a legislação no sentido de políticas redistributivas, é também adequado e pertinente, em princípio, que o maior peso de grupos cristãos na política se reflita em sanções mais graves para o aborto ilícito, por exemplo. Nos dois casos, o que se tem são questões extremamente controvertidas e que, na moldura das normas constitucionais, devem ser resolvidas pela composição de forças do jogo eleitoral.

Mas daí não decorre que a lei e os demais atos do Poder Público sejam infensos à imparcialidade – e é este o ponto que se deve ressaltar. Além das balizas impostas pela Carta (*e.g.*, direitos fundamentais, processo legislativo), é preciso ter em mente o seguinte: por maior que seja o espaço de livre conformação dos Poderes constituídos, seus atos – em especial as leis e a jurisprudência constitucional – ajudam a conformar a Carta na prática. São eles que dão corpo ao (*constitutional*) *law in action*, que tanto pode se distinguir do (*constitutional*) *law on the books*. Com o acréscimo relevante de que, sendo órgãos de representação popular em sentido lato, todos eles produzem decisões *coletivizadas*, imputadas ao povo como um todo e imbuídas do peso, da legitimidade e da força do Estado. Suas manifestações constroem, portanto, uma *interpretação oficial* (ainda que não autêntica) da Constituição e, por isso, atraem a exigência de imparcialidade que se dirige a ela.

Quanto à jurisprudência constitucional, isso é bem direto e evidente: como seu papel é traduzir a Carta, sua interpretação se coloca no mesmo plano em que ela se situa (não no plano do constituinte, mas no da Constituição); o que se espera dela deve se voltar, na mesma medida e intensidade, a quem a interpreta – afinal, caberá a esse órgão definir como a Carta lida com a questão debatida. Aqui se insere, por exemplo, a preocupação de Rawls com o emprego da razão pública nos tribunais constitucionais e cortes supremas.

A legislação suscita outras complexidades. Embora seja inevitável a interferência de valores pessoais na interpretação constitucional, o ideal continua a ser a *objetividade possível* – é o que exige o *rule of law* como aderência ao direito positivo. Mas, pelas razões acima, não se espera da lei que seja imparcial na mesma extensão. Além disso, a Constituição não deve

tratar de tudo, e o silêncio do seu texto não significa necessariamente nem liberdade (ou discricionariedade), nem obrigação (ou vinculação). Com a lei acontece o exato oposto: como a omissão do legislador torna lícito um comportamento (CRFB, art. 5º, II), até a ausência da lei tem uma presença, um sentido normativo relevante – não há vácuo na legislação. Não fosse suficiente, a própria existência da Constituição dá ao direito ordinário um caráter menos permanente – que, nos últimos anos, por outras circunstâncias, tem se aproximado do efêmero. Seja como for, a legislação não precisa buscar a mesma estabilidade da Carta. Até porque, no plano da legitimidade, enquanto a minoria puder confiar na Constituição, nada impede – ao revés, tudo recomenda – que o direito ordinário reflita as preferências e opiniões que se mostrem majoritárias no processo político.

A imparcialidade se mostra violada por atos infraconstitucionais quando eles revelam a adesão do Estado a uma convicção religiosa – ultrapassando limites que nem a interpretação da própria Constituição poderia superar. Isso ocorre quando a manifestação do Estado tem fundamento exclusivo em uma crença, não servindo a nenhum outro propósito. Um exemplo bem óbvio disso é o Decreto nº 26/2016, do Prefeito de Goiandira/GO, que instituiu o Dia do Jejum Municipal, "com o objetivo de clamar a Deus por livramento e misericórdia em virtude da infestação da DENGUE em nossa comunidade" (art. 1º)[1414]. Ofende-se, em casos como esse, a proibição de identificação e, assim, a laicidade. Contudo, havendo um fim secular a embasar o ato estatal – ainda que este *também* seja amparado por razões religiosas –, não se há de falar em invalidade[1415]. Outro exemplo serve para mostrar claramente a diferença entre a laicidade e a neutralidade: afastar a proibição ao ensino da teoria da evolução promove o princípio da laicidade, mas não pode ser considerado algo neutro, pois corresponde a tomar partido quanto ao que pode ser excluído do currículo escolar[1416].

Em *segundo* lugar, é preciso cuidado para não confundir a laicidade – que é uma exigência dirigida ao Estado e aos agentes públicos, como representantes de todos – com a *secularização*. A primeira é uma norma jurídica (constitucional) baseada no ideal normativo de imparcialidade e, por isso, expressa um dever-ser. Já a segunda reflete um processo sociológico

[1414] O teor do decreto pode ser consultado em: PULCINELI, Fabiana. Prefeito decreta jejum em combate à dengue. *O Popular*, 23 fev. 2016. Disponível em: <http://www.opopular.com.br/editorias/blogs/fabiana-pulcineli/fabiana-pulcineli-1.526/prefeito-decreta-jejum-em-combate-a-dengue-1.1041976>. Acesso em: 2 dez. 2016.

[1415] Do contrário, nem mesmo os valores do liberalismo seriam aceitáveis (para o próprio liberalismo!) porque, em razão do consenso sobreposto, também podem ser sustentados por concepções religiosas do bem.

[1416] A Suprema Corte dos EUA considerou inconstitucional tanto a proibição pura e simples do ensino da teoria da evolução (*Epperson v. Arkansas*, 393 U.S. 97 (1968)), quanto a exigência de que ela só pudesse ser incluída nas disciplinas escolares se acompanhada da "Ciência da Criação" (*Edwards v. Aguillard*, 482 U.S. 578 (1987)).

e político de alteração das instituições sociais e das relações entre elas, situando-se, assim, no plano do ser. É possível ter uma sem ter a outra: os EUA são o exemplo mais óbvio de sociedade fortemente religiosa (pouco secularizada) que afirma, porém, um sólido compromisso com a laicidade.

A confusão entre a laicidade e a secularização costuma vir com a defesa do *laicismo* ou do *secularismo*, compreendidos, respectivamente, como uma desconfiança da religião de forma geral e como uma ideologia de promoção da secularização. Sustenta-se, assim, que um dos papéis do Estado seria buscar uma sociedade mais *secularizada*, transformando o Poder Público em um agente da redução do peso social das autoridades e instituições religiosas. Isso se traduz, por exemplo, na proibição do uso de símbolos religiosos em espaços públicos (*e.g.*, as ruas e as escolas), com a intenção de destacar que a fé, qualquer que seja a relevância, deve se limitar ao espaço privado.

É interessante observar, contudo, que, diferentemente do que ocorre com a laicidade, não é a imparcialidade que sustenta o laicismo ou o secularismo. São preocupações distintas que os movem. Como regra, os argumentos utilizados em favor da redução da relevância da religião no espaço público (não estatal) envolvem considerações *políticas* e *pragmáticas*, que dizem respeito, ora à consolidação do poder do Estado diante de denominações com grande força social, ora à preocupação com a salvação da ordem constitucional diante da ascensão de grupos religiosos radicais. Nesses casos, o Poder Público atua para construir ou preservar sua autoridade minando as bases das fontes de legitimidade que concorrem com ele. Não há dúvida quanto à importância desses fins, que são objeto de grande deferência, inclusive por parte dos órgãos de direitos humanos. Mas, qualquer que seja seu peso, essas considerações não são questões de justiça – ao menos não direta ou primariamente –, aproximando-se mais de razões de Estado.

Como norma jurídica, o princípio da laicidade é vinculado ao ideal de imparcialidade e, por isso, só se aplica às instituições que sejam compartilhadas por toda a coletividade. Ele é indiferente à sociedade civil no sentido de que não procura interferir no "livre mercado" das religiões – ela não é, por assim dizer, seu objeto ou sua destinatária. Aliás, é inviável pensar em laicidade senão dessa forma, porque um Estado que toma para si a tarefa de moldar a sociedade civil, na tentativa de reforçar ou diminuir o peso de algumas crenças jamais poderá ser considerado imparcial. O pluralismo e a diversidade existem e devem ser protegidos por resultarem da livre criação ou adesão do ser humano, em toda a sua imprevisibilidade. O papel do Estado não é fomentar correntes ou crenças – inclusive a religiosidade em tese ou, ao inverso, a secularização –, mas respeitar as diferenças e proteger os diferentes (*i.e.*, todos e cada um). O

que há de valor aqui – relembre-se – é a autodefinição da identidade pessoal. Como explica Ronald Dworkin[1417], o princípio da dignidade humana

> atribui a cada um de nós a responsabilidade de aferir e escolher valores éticos para si mesmo, em vez de se render às opções coercitivas de terceiros. Nossa cultura, é claro, influencia a nossa escolha de valores; nossas personalidades são, nesse sentido, todas parcialmente construídas a partir das milhões de escolhas que outros fizeram para si próprios. [...] [O princípio da dignidade] não proíbe essa influência inevitável; ele proíbe a subordinação, que é algo bem diverso. Ele veda que eu aceite que outras pessoas tenham o direito de ditar o que devo pensar sobre o que torna boa uma vida ou de me impedir de agir porque pensam que meus valores éticos estão errados. Ele me proíbe, portanto, de aceitar qualquer manipulação da minha cultura que seja tanto coletiva quanto deliberada – que emprega o poder e a riqueza coletivos da comunidade como um todo e que pretende afetar as escolhas éticas e os valores de seus membros. Isso é subordinação. Não faz diferença que o fim dessa manipulação seja beneficiar os manipuladores. Devo rejeitar a manipulação mesmo que os valores que ela é desenvolvida para proteger ou inculcar sejam os meus próprios valores, porque a minha dignidade é tão afrontada pela coerção dirigida a frear os meus valores quanto pela coerção que pretenda mudá-los.

Não cabe ao Estado garantir a sobrevivência de certas culturas, como se faz, *e.g.*, com espécies em extinção. Como explica Yves Charles Zarka, "trata-se de uma ideia falsa [...]. Uma cultura existe enquanto os indivíduos que a ela aderem a reconhecem como constitutiva de sua identidade"[1418]. O referencial, portanto, são as pessoas e não os grupos, ainda que marcados por um sentimento de comunidade. Dessa forma: "o que se trata de garantir não são os conteúdos culturais determinados, mas a possibilidade para os indivíduos de a eles aderirem livremente"[1419]. É preciso assegurar que a cultura – inclusive a religião – deixe de ser uma herança involuntária para se tornar uma questão de adesão de cada um.

6.4.2 Símbolos religiosos em espaços públicos

Como já mencionado, uma das grandes controvérsias sobre o princípio da laicidade envolve a presença de símbolos religiosos em espaços públicos. Os exemplos mais óbvios são os crucifixos, comuns nas salas de sessão dos tribunais, e as Bíblias, expostas nos recintos parlamentares.

[1417] DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?*, cit., p. 76.

[1418] ZARKA, Yves Charles. *Difícil tolerância*, cit., p. 166.

[1419] *Ibid.*, p. 168. Uma exceção ao que se acaba de dizer envolve as culturas indígenas, que justificam um tratamento à parte, inclusive no sentido de algum pluralismo jurídico (MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*, cit., p. 122). O ponto tem sede constitucional explícita no Brasil (CRFB, art. 231).

O debate não é novo no Brasil: já na República Velha, discutiu-se o pleito de um cidadão que se recusara a servir como jurado em um tribunal que ostentava um crucifixo – solicitação rechaçada pelo Barão de Lucena como um "ato de fanática intolerância"[1420]. Sob a Carta de 1988 a questão se apresentou novamente e rendeu decisões díspares. No Rio de Janeiro, o Desembargador Luiz Zveiter, ao tomar posse como Presidente do Tribunal de Justiça, determinou a retirada de todos os crucifixos e desativou a capela[1421]; o mesmo fez o Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul[1422]. Orientação diversa, porém, foi adotada pelo Conselho Nacional de Justiça, para quem a exposição do símbolo, longe de ofender, promoveria o "interesse público primário", garantindo "interesses individuais culturalmente solidificados e amparados na ordem constitucional, como é o caso deste costume, que representa as tradições de nossa sociedade"[1423].

No mérito, não há dúvida quanto ao desacerto da decisão do CNJ. Além de mostrar com clareza como a expressão "interesse público" se presta a todo tipo de retórica, o acórdão petrifica o costume de uma parte da população, como se estivesse amparado na Constituição, e o eleva à condição de "tradição da sociedade", apesar de seu caráter evidentemente sectário. Sem dúvida, a liberdade religiosa não protege ninguém contra o convívio com crenças, cultos e símbolos que não adotem[1424]. Mas o ponto aqui é outro, e não envolve a autodeterminação

---

[1420] LEITE, Fábio Carvalho. *Estado e religião*, cit., p. 202.

[1421] ITO, Marina. Zveiter assume TJ do Rio e manda retirar crucifixos. *Consultor Jurídico*, 3 fev. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-fev-03/luiz-zveiter-toma-posse-tj-rio-manda-retirar-crucifixos-corte>. Acesso em: 22 nov. 2016.

[1422] TJRS, j. 6 mar. 2012, Processo nº 0139-11/000348-0, Rel. Des. Cláudio Baldino Maciel: "EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO. PLEITO DE RETIRADA DOS CRUCIFIXOS E DEMAIS SÍMBOLOS RELIGIOSOS EXPOSTOS NOS ESPAÇOS DO PODER JUDICIÁRIO DESTINADOS AO PÚBLICO. ACOLHIMENTO. A presença de crucifixos e demais símbolos religiosos nos espaços do Poder Judiciário destinados ao público não se coaduna com o princípio constitucional da impessoalidade na Administração Pública e com a laicidade do Estado brasileiro, de modo que é impositivo o acolhimento do pleito deduzido por diversas entidades da sociedade civil no sentido de que seja determinada a retirada de tais elementos de cunho religioso das áreas em questão. PEDIDO ACOLHIDO".

[1423] Segundo o Conselho, "manter um crucifixo numa sala de audiências públicas de Tribunal de Justiça não torna o Estado – ou o Poder Judiciário – clerical, nem viola o preceito constitucional invocado (CF, art. 19, inciso I), porque a exposição de tal símbolo não ofende o interesse público primário (a sociedade), ao contrário, preserva-o, garantindo interesses individuais culturalmente solidificados e amparados na ordem constitucional, como é o caso deste costume, que representa as tradições de nossa sociedade. Por outro lado, não há, *data venia*, no ordenamento jurídico pátrio, qualquer proibição para o uso de qualquer símbolo religioso em qualquer ambiente de Órgão do Poder Judiciário, sendo da tradição brasileira a ostentação eventual, sem que, com isso, se observe repúdio da sociedade, que consagra um costume ou comportamento como aceitável" (CNJ, Pedidos de Providências nºs 1.344, 1.345, 1.346 e 1.362. Rel. para o acórdão: Cons. Oscar Argollo. Brasília, 6 jun. 2007. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 2 jul. 2012). De acordo com a orientação do CNJ, v. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Liberdades. In: MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 361.

[1424] Nesse sentido, v. ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 91, 3 (Kruzifix). In: SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, cit., p. 369. Embora se tenha chegado à conclusão oposta, uma premissa semelhante pode ser encontrada na decisão da Corte Europeia de

pessoal; ele diz respeito à igualdade e à imparcialidade – o Estado não está autorizado a assumir ou anunciar apoio a qualquer crença, porque deve espelhar o reconhecimento integral de todos, independentemente de suas convicções éticas.

A vedação se extrai, portanto, do dever de não-identificação, já que a adoção de símbolos religiosos pelo Estado demonstra a adesão das suas instituições a uma religião, deslegitimando-se à luz da imparcialidade[1425]. Em inspirada passagem, afirmou o escritor Luís Fernando Veríssimo[1426]:

> Um crucifixo na parede não é um objeto de decoração, é uma declaração. Na parece de espaços públicos de um país em que separação de igreja e estado está explícita na Constituição, é uma desobediência, mitigada pelo hábito. Na parede dos espaços jurídicos deste país, onde a neutralidade, mesmo que não exista, deve ao menos ser presumida, é um contrassenso – como seria qualquer outro símbolo religioso pendurado. [...]
> Fala-se que a discussão sobre crucifixos em lugares públicos ameaça a liberdade de religião. É o contrário, o que no fundo se discute é como ser religioso sem impor sua religião aos outros, ou como preservar a liberdade de quem não acredita na prepotência religiosa. [...] A retirada dos crucifixos das paredes também é uma declaração, no caso de liberdade.

Essa circunstância não se altera em razão do número de fiéis de uma religião[1427] ou do maior ou menor enraizamento histórico de uma crença na cultura do País. O fato de o Poder

---

Direitos Humanos no caso *Lautsi and Others v. Itália* [GC], nº 30.814/06, 18 March 2011. Afirmou-se que a presença de crucifixos nas escolas italianas não se confundiria com a doutrinação das crianças.

[1425] Não raro se faz um paralelo entre a retirada dos crucifixos e uma eventual demolição da estátua do Cristo Redentor no Rio de Janeiro. Essa aproximação, contudo, desconsidera a multiplicidade de sentidos que um mesmo símbolo pode assumir, tendo em vista especialmente sua relação com o ambiente. Como era de se esperar, a discussão sobre a laicidade estava presente quando a estátua foi construída no Corcovado e, talvez, a obra não tivesse sido realizada se sua concepção fosse mais recente. Mas é preciso não ignorar o que o tempo fez com o Cristo Redentor. Em estudo específico sobre o tema, o antropólogo Emerson Giumbelli destaca esse ponto, contrapondo a "hipervisibilidade" da estátua – vista de diversos ângulos por toda a cidade –, que contribui para a multiplicação dos seus significados, e a "invisibilidade" dos crucifixos, que, embora situados em lugar de destaque – em geral, acima das armas da República ou da bandeira nacional –, são sempre bem discretos. Essa diferença é ressaltada na postura das pessoas: enquanto a Arquidiocese do Rio de Janeiro toma diversas atitudes para lembrar o caráter religioso da estátua (inclusive seu reconhecimento como "santuário"), os grupos religiosos – inclusive católicos – insistem em diminuir a importância do significado religioso dos crucifixos, enfatizando seu caráter "tradicional", "histórico" ou "cultural". V. GIUMBELLI, Emerson. Crucifixos em recintos estatais e monumento do Cristo Redentor, cit., pp. 169-187.

[1426] VERÍSSIMO, Luís Fernando. Territórios livres. *O Globo*, 22 mar. 2012, p. 7.

[1427] ALEMANHA. Tribunal Constitucional Federal. BVerfGE 91, 3 (Kruzifix). In: SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, cit., p. 370: "O Estado, no qual convivem seguidores de convicções religiosas e ideológicas diferentes ou mesmo opostas, apenas pode assegurar suas coexistências pacíficas quando ele mesmo se mantém neutro nas questões religiosas. Ele não pode, por isso, ameaçar a paz religiosa da sociedade. [...] Tais dispositivos [da Lei Fundamental] não admitem a introdução de formas jurídicas religiosas estatais e proíbem que se privilegie determinadas confissões assim como a exclusão de outros crentes [...]. Isto não se dá em razão da representatividade numérica ou da relevância social de uma crença [...]. O Estado tem que, pelo contrário, observar um tal tratamento das diferentes comunidades religiosas e ideológicas que seja orientado pelo princípio da igualdade [...]. Também naqueles casos em que o Estado colabora com tais comunidades ou as incentiva, não pode haver identificação com determinadas comunidades religiosas [...]". No mesmo sentido, v. COLÔMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-350/94*: "O caráter numericamente mais expressivo de uma determinada religião não implica que esta possa receber um tratamento privilegiado da

Público não ser indiferente à religião ou seu inimigo não significa que ele deva ou mesmo possa se aliar a uma confissão em particular ou endossá-la como uma espécie de tradição com apoio oficial. O Estado – repita-se – é de todos, inclusive de quem não compartilhe da fé da maioria. Além disso, não se pode ignorar que a predominância de uma religião muitas vezes resulta de uma antiga associação com o Poder Público, que lhe rendeu vantagens em relação às demais, inclusive por meio da repressão de outros credos – como se viu no Brasil em relação ao catolicismo[1428]. Não sendo necessariamente um produto da liberdade, a "cultura" de um povo não legitima a identificação do Estado com uma religião[1429]. Uma interpretação que não descura da História é aquela que emprega as experiências do passado como ponte para a emancipação no presente e no futuro, combatendo as formas de marginalização que sejam ocultadas pela cultura dominante[1430].

Uma argumentação de índole mais "econômica" parece pertinente aqui. Por mais que muitas vezes não se observe esse fato, o espaço público – em particular os bens afetados ao uso das repartições públicas – é escasso. Se a sua oferta fosse infinita, seria possível pensar em

---

parte do Estado, porquanto a Constituição de 1991 conferiu igual valor jurídico a todas as confissões religiosas, independentemente da quantidade de fiéis que estas tenham. Trata-se de uma igualdade de direito, ou igualdade por nivelação ou equiparação, com o propósito de preservar o pluralismo e proteger as minorias religiosas".

[1428] Com comentários à situação de Portugal, plenamente aplicáveis ao Brasil, v. MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, cit., p. 336.

[1429] Por isso, devem ser criticadas as decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que consideraram lícita a conduta do Município que instalou em praça pública uma placa com o texto "Sorocaba é do Senhor Jesus" (TJSP, *DJ* 22 jan. 2015, Apelação Cível 3008630-80.2013.8.26.0602, Rel. designado Des. Ricardo Dip; TJSP, *DJ* 1º ago. 2016, Embargos Infringentes 3008630-80.2013.8.26.0602, Rel. Des. Oscild de Lima Júnior). Na avaliação do voto vencedor na apelação, "[u]ma coisa é que as religiões possam, quaisquer sejam elas, servir como princípio de inculturação, outra, muito diversa, é que as expressões culturais sob essa influência da religião sejam confundidas com as próprias religiões de que provenham. A sentença 'Sorocaba é do Senhor Jesus' não é prática de religião, não é credo religioso (bastando ver que sequer indica forma alguma confessional), não é ato de liturgia ou de oração. É apenas uma recolha da cultura histórica do povo brasileiro, que se gestou com a civilização hispânica". A mesma linha foi seguida pelo voto do Relator dos embargos infringentes: "O Brasil foi colonizado e formado dentro dos parâmetros da civilização cristã. Este é um fato indesmentível a que não se pode fugir, tornando a questão muito mais cultural do que religiosa". Com todo o respeito, é difícil imaginar maior afronta à laicidade que a decisão oficial de uma entidade pública de dizer que ela pertence ao "Senhor Jesus" – frase que, aliás, só faz sentido no contexto específico do cristianismo. O ponto resta claro na própria ementa do acórdão dos embargos infringentes: "EMBARGOS INFRINGENTES – SOROCABA – PLACA AFIXADA EM ESPAÇO PÚBLICO MUNICIPAL COM EXPRESSÃO CRISTÃ EM LOUVOR A JESUS CRISTO – Não se verifica qualquer associação do Município com organização religiosa específica, a indicar a ausência de neutralidade – Preponderância do caráter cultural da expressão, sem ofensa a laicidade do Estado garantida pela Constituição. Embargos infringentes rejeitados".

[1430] Aqui está o equívoco da manifestação do Ministro Gilmar Mendes, em palestra proferida sobre o tema. Segundo ele, "a discussão sobre a necessidade de que, em função do modelo de Estado laico, se expulsem de todos os espaços públicos o crucifixo" implica que "nós estamos a fazer uma leitura do texto constitucional divorciada da cultura judaico-cristã que nós desenvolvemos". Isto é: para o Ministro, a Constituição deve ser lida como forma de reproduzir uma hegemonia histórica – o que, com o respeito devido e merecido, não há como se sustentar diante da imparcialidade que se exige do Estado. V. MENDES, Gilmar Ferreira. Leia palestra de Gilmar Mendes sobre a relação do Estado com as religiões. *Conjur*, 27 maio 2014. Disponível em: <http://goo.gl/Hiz9SE>. Acesso em: 3 dez. 2016.

acomodar as demandas de todos pela instalação dos símbolos de todas as religiões, mais um ou outro que indicasse o ateísmo ou o agnosticismo. Com isso, o Estado manifestaria o igual respeito a todas as orientações em matéria de religião e, não havendo identificação, o princípio da laicidade estaria atendido. Note-se que, em geral, não há sequer a tênue tentativa de fazer algo parecido; o que há é um crucifixo e nada mais, ressaltando a identificação indevida. Mas mesmo que alguém tentasse seguir essa sugestão, esbarraria na impossibilidade fática de dar igual espaço, com idêntica relevância, a uma quantidade infinita e mutável de crenças. Seria inevitável aplicar um critério excludente, como o número de fiéis – e tornaria a surgir a ilícita identificação com alguns grupos.

A instalação de símbolos religiosos em bens públicos está muito longe de ser uma *necessidade* ou, muito menos, um *direito* dos grupos interessados. O que alguns sustentam é a discricionariedade do Poder Público para "decorar" seus prédios. No mínimo, é bastante inusitada a afirmação de que um crucifixo seria uma simples peça de decoração, como um vaso de flores ou um mural. Especialmente diante da posição destacada em que o símbolo é colocado, muitas vezes acima da bandeira nacional e das armas da República. Seja como for, por maior que seja o espaço de conformação da Administração em matéria de "*design* de interiores", ela seguramente não autoriza o Estado – *rectius:* os agentes públicos – a criar preferências entre os cidadãos. Portanto, as únicas alternativas lícitas que se abrem ao Estado são, em verdade, contemplar a todos ou a ninguém. Como a primeira é inviável, sobra apenas a segunda – que, repita-se, não ofende os direitos de qualquer pessoa.

Em geral, quem critica esse ponto de vista busca estender o raciocínio para eliminar outros símbolos – como se não fosse possível admitir alguns deles a depender do contexto e das circunstâncias. O excesso é facilmente perceptível. Naturalmente, o que se expôs acima não se aplica, por exemplo, às estátuas de deuses gregos e romanos da justiça que ornam os tribunais. Elas não estão lá como representação da crença religiosa de alguém. Tampouco se haveria de insistir em mudar o nome dos Estados de Santa Catarina, São Paulo e Espírito Santo, por exemplo, ou exigir que Pernambuco retire de sua bandeira a cruz que a orna como símbolo da Revolução de 1817. Esses símbolos perderam inteiramente seu valor religioso, assumindo apenas um conteúdo político como expressão da identidade dessas unidades federativas[1431].

[1431] GRIMM, Dieter. Conflicts between general laws and religious norms, cit., p. 2374. Aparentemente nessa linha, a Suprema Corte do Japão decidiu que, embora a realização de uma cerimônia xintoísta na inauguração de um prédio público associasse o Poder Público a uma religião, seria legítimo o uso de recursos públicos para essa finalidade porque a cerimônia em tela já teria perdido muito do seu significado religioso, sendo compreendida basicamente como algo secular (*Judgment on a case concerning the meaning of "religious activity" under Article 20, Paragraph 3 of the Constitution.* 1971 (Gyo-Tsu) 69. Grand Bench, July 13, 1977). Como apontou o Tribunal Constitucional da Espanha em outro contexto, "a matéria sensível do símbolo político transcende a si mesma para

Sem dúvida, promoveria *mais* a laicidade que eles fossem outros, mas disso não se extrai o dever positivo de mudar a situação atual[1432]. Embora haja quem alegue que a Bíblia e o crucifixo também teriam conotações seculares – supondo que essas superassem seu significado religioso –, torna-se difícil compreender por que não admitem sua substituição pura e simples por símbolos equivalentes como a balança da justiça, a imagem de Tiradentes, ou (por que não?) um ícone religioso afro-brasileiro ou um exemplar do Corão – símbolos de perseguições religiosas presentes. Se o que importa é a referência à retidão ou à justiça, há muitos outros símbolos para além dos crucifixos, de modo que o apego a eles, em particular, é, mais do que suspeito, absolutamente injustificável[1433].

As estátuas de deuses gregos e os nomes e bandeiras das entidades políticas envolvem situações inteiramente distintas daquelas relacionadas, *e.g.*, à inserção do texto "Deus seja louvado" nas cédulas de Real[1434], e a definição do dia 12 de outubro como feriado nacional "para culto público e oficial a Nossa Senhora Aparecida, Padroeira do Brasil"[1435]. Não há qualquer sentido não religioso nesses atos: seu objetivo é única e exclusivamente promover o louvor a Deus e a veneração (até oficial, como diz a lei) de uma santa católica – e disso decorre sua evidente inconstitucionalidade[1436]. O fato de a maioria dos cidadãos ter uma ou outra

adquirir uma relevante função significativa. Enriquecido com o transcurso do tempo, o símbolo político acumula toda a carga histórica de uma comunidade, todo um conjunto de significações que exercem uma função integradora e promovem uma resposta sócio-emocional, contribuindo para a formação e manutenção da consciência comunitária e, como expressão externa da peculiaridade dessa Comunidade, adquire certa autonomia em relação às significações simbolizadas com quais é identificada; daí a proteção dispensada aos símbolos políticos pelos ordenamentos jurídicos. Ao símbolo político corresponde, pois, ao lado de uma função significativa integradora, uma essencial função representativa e identificadora, que deve exercer com a maior pureza e virtualidade possíveis" (*STC 94/1985*, FJ 7).

[1432] Mas é inviável sustentar a ideia oposta, de que seria um dever manter a tradição. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional espanhol declarou a validade do ato pelo qual a Universidade de Valência, por decisão própria, determinou a remoção da imagem da Virgem Maria de seu emblema oficial por considerar que isso seria mais adequado a um Estado laico (*STC 130/1991*).

[1433] O mesmo se aplica aos exemplos do Corão e do ícone da religião afro-brasileira. Eles foram utilizados apenas para demonstrar que, sob a alegação de neutralidade, há uma pretensão de hegemonia na defesa da presença dos crucifixos e das Bíblias.

[1434] STF, *DJ* 30 abr. 2013, ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio (trecho do voto do relator): "Embora não signifique alusão a uma religião específica, 'Deus seja louvado' passa a mensagem clara de que o Estado ao menos apoia um leque de religiões – aquelas que creem na existência de Deus, aliás, um só deus, e o veneram –, o que não se coaduna com a neutralidade que há de ditar os atos estatais, por força dos mencionados artigos 5º, inciso VI, e 19, inciso I, da Constituição da República. Desses dispositivos resulta, entre outras consequências, a proibição de o Estado endossar ou rechaçar qualquer corrente confessional".

[1435] Lei nº 6.802/1980, art. 1º.

[1436] Nesse sentido, a Corte Constitucional da Colômbia declarou a inconstitucionalidade de um diploma legal que renovou a consagração da República ao Sagrado Coração de Jesus (*Sentencia C-350/94*). No entanto, manteve a validade do feriado laboral decretado para a mesma data, por razões processuais – a questão já teria sido definida na *Sentencia C-568/93*, formando "coisa julgada constitucional" – e materiais, já que permanecia convicta da licitude da medida. Subscrevendo as razões exportas no julgado anterior, a Corte afirmou que o feriado teria perdido seu sentido religioso, considerando que as pessoas não seriam obrigadas a participar de festividades

inclinação religiosa em nada interfere na proibição acima: não cabe a eles – como a ninguém – usar o Estado como extensão de si e veículo ou instrumento de suas crenças.

Sem dúvida, há diversos casos mais complicados, em que a "mensagem" passada pela atuação do Estado pode depender do contexto: a montagem de um presépio por entidades públicas já foi declarada válida e inválida pela Suprema Corte dos EUA. No primeiro acórdão, entendeu-se que a celebração do Natal em si teria um significado mais cultural, não sugerindo necessariamente o apoio governamental a uma religião específica – no caso, a cena da Natividade fora erguida em um espaço privado e era acompanhada de uma árvore de Natal e de uma mensagem de "Boas Festas"[1437]. Já no segundo, a Corte avaliou que a presença de um texto afirmando louvor a Deus (*Gloria in Excelsis Deo*) e a colocação destacada do presépio diante da "Grande Escadaria" do fórum judicial do condado passariam uma ideia de apoio ao sentido religioso do Natal[1438].

O mesmo se pode observar acerca da reprodução do Decálogo, que incorpora deveres religiosos. Em 1980, a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei estadual que obrigava a instalação de cópias dos Dez Mandamentos nas salas de aula das escolas públicas. Embora o material fosse adquirido com recursos privados, entendeu-se que sua colocação por ordem do Legislativo bastava para demonstrar o indevido apoio estatal à religião[1439]. Em 2005, porém, duas decisões proferidas no mesmo dia adotaram conclusões opostas. No primeiro caso, dois condados insistiram na instalação de cópias do Decálogo em seus fóruns judiciais – o que se considerou inconstitucional porque as obras foram expostas, ora de forma isolada, ora com outros documentos em que a ênfase em Deus era destacada como o elemento comum a todos, demonstrando o fim religioso da medida[1440]. O segundo caso envolvia a instalação de um monumento que reproduzia os Dez Mandamentos no terreno do Capitólio Estadual do Texas. O mesmo exame contextual foi feito pela maioria dos votos, mas o Juiz Breyer divergiu dos demais na conclusão: por considerar que o contexto demonstrava que o fim principal da medida era secular, ele acompanhou, na conclusão, os votos da minoria que, seguindo o *Chief Justice*

católicas, tendo apenas efeitos patrimoniais a opção por trabalhar nesse dia. Caberia ao legislador definir os dias de necessário descanso para o trabalhador, para o que poderia considerar a longa tradição cultural baseada na religião majoritária do país. Com o respeito devido, é difícil conciliar essa afirmação com o reconhecimento, pela própria sentença, de que a expressão numérica de um credo não lhe confere um *status* diferenciado.

[1437] *Lynch v. Donnelly*, 465 U.S. 668 (1984).

[1438] *Allegheny County v. Greater Pittsburgh ACLU*, 492 U.S. 573 (1989).

[1439] *Stone v. Graham*, 449 U.S. 39 (1980).

[1440] *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 545 U.S. 844 (2005).

Rehnquist, havia considerado válida (por outras razões) a aposição do Decálogo[1441]. Tudo isso ressalta a inexistência de respostas prontas para questões como estas.

Ainda é preciso examinar uma situação diferenciada: quando se fala em "espaço público", vêm à mente não só os ambientes das repartições e gabinetes, mas também os bens de uso comum, especialmente as vias públicas. Será que o mesmo grau de restrição aplicável aos prédios estatais incide nas ruas e praças? A resposta, em geral, é negativa. A rua é muito mais um espaço da sociedade que do Estado e, consequentemente, um campo de liberdade – é nela que se reúnem os cidadãos para cobrar atitudes e criticar o Poder Público. Quem olha para as ruas não encontra, nem espera encontrar, a imparcialidade do Estado, mas a vibração espontânea da sociedade plural[1442]. Por isso, a presença de um símbolo religioso em uma praça, por exemplo, envolve um risco muito menor de associação do Poder Público com uma crença específica[1443]. Novamente: a licitude ou não dessa postura variará conforme o contexto: a

---

[1441] V. *Van Orden v. Perry*, 545 U.S. 677 (2005). Por isso, a "opinião da Corte" foi redigida pelo *Chief Justice*, para quem a importância da religião na cultura americana e o significado religioso dos Dez Mandamentos tornariam admissível o monumento.

[1442] Acima se disse que a resposta é "em geral" negativa porque é possível que algum lugar público seja reservado ou muito associado, por alguma razão, a pronunciamentos oficiais – a ponto de se poder imputar ao Estado o que é dito lá. Isso remete à distinção feita pela Suprema Corte dos EUA entre *traditional public forums* (*e.g.*, vias públicas e parques públicos, historicamente utilizados para debates livres), *designated public forums* (espaços de discussão que o Estado criar, mas não é obrigado a manter, como salas de discussão em universidades) e *nonpublic forums* (recintos públicos que não são afetados, tradicionalmente ou por designação, à realização de debates – *e.g.*, terminais de aeroportos). Embora o Poder Público esteja sempre impedido de vedar discursos apenas por discordar deles, seu espaço de atuação legítima é maior no terceiro fórum do que nos dois primeiros. V. *Perry Ed. Ass'n. v. Perry Local Educators' Ass'n.*, 460 U.S. at 45-46 (1983). Aplicando essa distinção, a Corte considerou indevida a invocação do princípio da laicidade para indeferir o pleito de um grupo privado que pretendia erigir uma cruz em uma praça, utilizada como fórum de discussão pública. Entendeu-se que, embora a laicidade fosse um fundamento legítimo para a restrição da liberdade privada, o espaço era aberto à discussão pública e não havia risco de que a mensagem religiosa fosse atribuída ao Estado. V. *Capitol Sq. Review Bd. v. Pinette*, 515 U.S. 753 (1995).

[1443] FRANÇA. C.E., 9 novembre 2016, *Fédération de la libre pensée de Vendée*; C.E., 9 novembre 2016, *Fédération départementale des libres penseurs de Seine-et-Marne*. De ambos os acórdãos, extrai-se o mesmo trecho: "4. Um presépio é uma representação suscetível de se revestir de uma pluralidade de significados. Trata-se, com efeito, de uma cena que faz parte da iconografia cristã e que, por isso, apresenta um caráter religioso. Mas também se cuida de um elemento que faz parte das decorações e ilustrações que acompanham tradicionalmente, sem uma significação religiosa particular, as festas de fim de ano. 5. Tendo em conta essa pluralidade de significações, a instalação de um presépio, a título temporário, por iniciativa de agentes públicos, em um prédio público, não é legalmente viável, salvo quando tiver um caráter cultural, artístico ou festivo, sem exprimir o reconhecimento de uma crença ou destacar uma preferência religiosa. Para ter essa qualificação, deve-se ter em conta não apenas o contexto, que deve ser desprovido de todo elemento de proselitismo, as condições específicas da instalação, a existência ou ausência de costumes locais, mas também o lugar dessa instalação. Diante disso, a situação é diferente conforme se trate de um prédio público, sede de uma pessoa jurídica de direito público ou de um serviço público, ou outro local público. 6. Dentro dos prédios públicos, sedes de pessoas jurídicas de direito público ou de serviços públicos, o fato de um agente público instalar um presépio, à falta de circunstâncias particulares que permitam o reconhecimento nele de um caráter cultural, artístico ou festivo, não pode ser visto como conforme às exigências derivadas do princípio da neutralidade das entidades públicas. 7. Ao inverso, nos outros lugares públicos, considerando o caráter festivo das instalações ligadas às festas de fim de ano, principalmente nas vias públicas, a instalação nessa ocasião de um presépio por um agente público é possível, desde que isso não constitua um ato de proselitismo ou de reivindicação de uma opinião religiosa".

aposição de uma menorá em uma calçada, com recursos da comunidade judaica, é diferente do investimento de recursos públicos na construção de uma igreja católica – o emprego de verbas públicas torna mais difícil defender essa medida, enquanto a outra, além de sustentada por particulares, dá visibilidade a um símbolo de um grupo minoritário.

Em qualquer caso, o que se deve verificar é a mensagem de apoio ou rejeição passada pela conduta do Estado. Mesmo que empregasse dinheiro público, a instalação de estátuas dos orixás, em homenagem às religiões afro-brasileiras, dificilmente sugeriria o endosso do Poder Público, diante do diminuto peso político dos seus adeptos – ao contrário, ela aponta apenas para a inclusão de um segmento que, por obra ou negligência do próprio Estado, foi e ainda é bastante perseguido. Nesse caso, a postura do Poder Público procura ajudar a diminuir um estigma histórico: a exibição com orgulho de seus símbolos colabora com a autoestima do grupo, *igualando-os* diante de um pano de fundo de séculos de marginalização. Por sua vez, quando o Estado erige uma placa com a expressão "*Allahu akbar*" (Allah é o maior) ou "Sorocaba é do Senhor Jesus"[1444], não há dúvida quanto à enunciação de uma mensagem religiosa – seja pela explícita associação da entidade política à religião majoritária (a cidade *pertence* ao Senhor Jesus), seja pela afirmação da supremacia de Deus (Allah é o maior).

Tudo isso apenas reitera que a laicidade, como *princípio constitucional*, não opera em um modelo "tudo ou nada", mas em graus. A inclusão simbólica de grupos excluídos é uma finalidade legítima que justifica a restrição à laicidade, assim como a proteção da identidade política dos entes federativos.

Diante dessas considerações, pode-se afirmar que:

(i) Via de regra, é ilícita a aposição de símbolos religiosos em prédios públicos ou recintos onde se exerça função pública;

(ii) A proibição do emprego de símbolos religiosos é *mais intensa* quando: **(a)** ocorrer nos recintos de acesso público das repartições; **(b)** envolver gasto de recursos públicos (ou qualquer tipo de subvenção estatal); e/ou **(c)** o símbolo em tela for associado à(s) denominação(ões) majoritária(s) na sociedade; e

(iii) A vedação ao emprego de símbolos religiosos é *menos intensa* quando: **(a)** ocorrer em vias públicas ou nos gabinetes privados e espaços de acesso restrito dos agentes públicos; **(b)** for sustentada por recursos privados; e/ou **(c)** o símbolo

[1444] Daí o equívoco das decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo, que consideram mera "manifestação cultural" essa mensagem. V. TJSP, *DJ* 22 jan. 2015, Apelação Cível 3008630-80.2013.8.26.0602, Rel. designado Des. Ricardo Dip; TJSP, *DJ* 1º ago. 2016, Embargos Infringentes 3008630-80.2013.8.26.0602, Rel. Des. Oscild de Lima Júnior.

em questão for associado a denominação(ões) minoritária(s) na sociedade.

6.4.3 Feriados religiosos e dias oficiais de guarda e repouso

Em matéria de laicidade, um tema sempre lembrado no Brasil é o calendário de festividades oficiais. Entre os feriados nacionais, metade tem relação com dias relevantes para o catolicismo: 1º de janeiro (Santa Maria, Mãe de Deus), 12 de outubro (Nossa Senhora Aparecida, Padroeira do Brasil), 2 de novembro (Dia de Finados) e 25 de dezembro (Natal)[1445]. Na Justiça Federal, são feriados, ainda, "os dias da Semana Santa, compreendidos entre a quarta-feira e o Domingo de Páscoa", "os dias de segunda e terça-feira de Carnaval", e 1º de novembro (Dia de Todos os Santos)[1446]. Além disso, há quem aponte que o Dia da Justiça foi fixado em 8 de dezembro por se tratar da data dedicada à Imaculada Conceição[1447].

Segundo o STF, a instituição de feriados é matéria de competência privativa da União, por interferir nas relações de trabalho[1448]. Nesse sentido, o art. 1º da Lei nº 9.093/1995 já quantifica os feriados civis: além dos declarados em lei federal (inc. I), admite-se a instituição de um, por lei estadual, na "data magna do Estado" (inc. II) e, curiosamente, "os dias do início e do término do ano do centenário de fundação do Município, fixados em lei municipal" (inc. III). Além disso, em seu art. 2º, o diploma dispõe que "são feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluída a Sexta-Feira da Paixão"[1449]. Apesar disso, no Rio de Janeiro, foram fixados como feriados estaduais o dia 23 de abril (Dia de São Jorge)[1450] e a terça-feira de Carnaval[1451],

---

[1445] Lei nº 662/1949, art. 1º; e Lei nº 6.802/1980, art. 1º.

[1446] Lei nº 5.010/1966, art. 62, II, III e IV (na redação dada pela Lei nº 6.741/1979).

[1447] CORREIA, Larissa. Celebrado nesta terça-feira (08), Dia da Justiça é feriado forense. *TRT – 6ª Região*, 4 dez. 2015. Disponível em: <https://goo.gl/atMswI>. Acesso em: 25 nov. 2016.

[1448] STF, *DJ* 16 dez. 2005, ADI 3.069/DF, Rel. Min. Ellen Gracie: "Implícito ao poder privativo da União de legislar sobre direito do trabalho está o de decretar feriados civis, mediante lei federal ordinária, por envolver tal iniciativa conseqüências nas relações empregatícias e salariais. Precedentes: AI 20.423, rel. Min. Barros Barreto, DJ 24.06.59 e Representação 1.172, rel. Min. Rafael Mayer, DJ 03.08.84".

[1449] Lei nº 9.093/1995, art. 2º.

[1450] Lei Estadual/RJ nº 5.198/2008.

[1451] Lei Estadual/RJ nº 5.243/2008. Pende, no STF, ação direta de inconstitucionalidade proposta contra essa lei. Trata-se da ADI 4.131/RJ, distribuída inicialmente ao Min. Eros Grau e que hoje está sob a relatoria do Min. Luiz Fux. Ouvida, a Procuradoria-Geral da República opinou pela procedência do pedido.

embora uma lei posterior proíba a criação de novos feriados no futuro[1452]. Isso está longe de ser incomum: há feriados estaduais em homenagem a diversos santos e mártires católicos – como São Pedro (AL)[1453] e os Protomártires do Brasil (RN)[1454] – e o Dia do Evangélico, celebrado em datas diferentes (AC[1455], DF[1456] e RO[1457]).

No Município do Rio de Janeiro, os únicos feriados – além do Dia da Consciência Negra – têm conotação ou origem religiosa: 20 de janeiro (Dia de São Sebastião, Padroeiro da Cidade) e 23 de abril (Dia de São Jorge)[1458]. Na cidade de São Paulo, são comemorados o aniversário da sua fundação (25 de janeiro) e o Dia da Consciência Negra, além do Dia de Finados, da Sexta-feira Santa – exigida pela lei federal – e *Corpus Christi*[1459]. Curiosamente, a inclusão do Dia do Candomblé, que nem era feriado, foi revogada pouco depois, porque o calendário oficial já contemplava o Dia das Tradições das Raízes de Matrizes Africanas e Nações do

[1452] Lei Estadual/RJ nº 5.423/2009.

[1453] Lei Estadual/AL nº 5.509/1993.

[1454] Lei Estadual/RN nº 8.913/2016. Os Mártires de Uruaçu e Cunhaú foram dizimados por tropas holandesas enquanto celebravam missas católicas. Foram beatificados pelo papa João Paulo II em 2000. V. CONHEÇA a história dos Mártires de Cunhaú e Uruaçu, no RN. *G1*, 2 out. 2013. Disponível em: <https://goo.gl/P1DpLm>. Acesso em: 26 nov. 2016.

[1455] Lei Estadual/AC nº 1.538/2004.

[1456] Lei Distrital nº 963/1995. No caso do Distrito Federal, o fato de assumir competências legislativas estaduais e municipais torna sua situação diferenciada em relação aos Estados. Embora seja vedada sua divisão em Municípios, nada impede que as tradições locais de cada lugar no Distrito Federal variem, sugerindo feriados religiosos diversos. De fato, foi editada a Lei Distrital nº 2.908/2002, que define "datas para culto público e oficial aos padroeiros das Regiões Administrativas do Distrito Federal". Não é próprio falar em "culto público e oficial" diante do princípio da laicidade, mas supondo que fosse viável criar feriados religiosos – diante da autorização da lei federal – estaria longe de ser estranho que o Distrito Federal o tivesse feito. Mas isso não ocorreu: em vez de instituir feriados gerais, o legislador distrital criou apenas *pontos facultativos*, que alcançam apenas os servidores públicos. Esse dispositivo, contudo, foi declarado inconstitucional pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, que considerou usurpada a iniciativa privativa do Governador para tratar da jornada de trabalho dos servidores distritais (TJDFT, *DJ* 9 nov. 2009, ADI 2009 00 2 003496-5 (0003496-56.2009.8.07.0000), Rel. Des. Haydevalda Sampaio).

[1457] Lei Estadual/RO nº 1.026/2001. Contra o diploma, foi proposta ação direta no STF – ADI 3.940/RO, de que hoje é relator o Min. Gilmar Mendes. Em seu parecer, a Procuradoria-Geral da República se manifestou pela declaração de inconstitucionalidade da lei.

[1458] Lei Municipal (Rio de Janeiro/RJ) nº 5.146/2010, art. 8º. É interessante observar a redação do inc. I desse dispositivo, que trata do feriado de São Sebastião: "20 de janeiro, o dia de São Sebastião, padroeiro da Cidade do Rio de Janeiro, quando o Poder Executivo dará todo apoio às festividades religiosas em louvor do Padroeiro da Cidade, das quais participarão obrigatoriamente o Prefeito e o Presidente da Câmara. Será insuscetível de transferência de data qualquer que seja o dia da semana em que ocorra". Além da inaceitável exigência de participação de autoridades em festas religiosas – que, a um só tempo, viola a laicidade e a liberdade religiosa dos ocupantes do referidos cargos –, o dispositivo impõe ao Poder Executivo que dê "todo apoio às festividades religiosas", em demonstração de ilegítimo apoio a uma confissão religiosa.

[1459] Lei Municipal (São Paulo/SP) nº 14.485/2007, art. 10.

Candomblé[1460]. No entanto, a lei local continua a prever, em dias distintos, o Dia do Pastor Evangélico, o Dia da Esposa do Pastor Evangélico, o Dia do Obreiro Evangélico, o Dia da Literatura Evangélica, a Semana Evangélica na Cidade de São Paulo, o Dia do Evangélico e o Dia do Músico Evangélico.

Neste momento, já não deve restar dúvida quanto à absoluta predominância cristã – especialmente católica – nas festividades oficiais no Brasil. A isso se agrega a preferência constitucional pelo repouso dos trabalhadores aos domingos[1461], dia dedicado a Deus para boa parte dos cristãos[1462]. A Consolidação das Leis do Trabalho lida com essa questão de forma mais enfática: o descanso semanal dos empregados "deverá coincidir com o domingo, no todo ou em parte", a não ser que haja "motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço" (art. 67) – em qualquer caso, o trabalho realizado no domingo, "seja total ou parcial, [...] será sempre subordinado à permissão prévia da autoridade competente em matéria de trabalho" (art. 68). Onde for necessário trabalhar aos domingos, deve-se fixar uma "escala de revezamento, mensalmente organizada e constando de quadro sujeito à fiscalização" (art. 67, parágrafo único). No caso das mulheres, essa escala deve ser quinzenal (art. 386, parágrafo único).

Quando isso é contrastado com a virtual inexistência de legislação federal sobre dias de guarda e descanso de religiões minoritárias[1463], a questão se torna ainda mais insustentável. Enquanto o Estado garante, com seu *imperium*, que a maioria dos cristãos esteja liberada do trabalho para dedicar o domingo a Deus, como exige sua crença, os demais precisam negociar o mesmo com seus empregadores e, na maior parte dos casos, dependem de medidas de acomodação razoável – em que se cogita até mesmo da compensação de jornada. Isso coloca os fiéis de denominações minoritárias em uma posição de desvantagem no mercado de trabalho – como já observado acima.

[1460] A inclusão foi feita pela Lei Municipal (São Paulo/SP) nº 15.901/2013, revogada pela Lei Municipal (São Paulo/SP) nº 16.180/1015. A justificativa do projeto que resultou nesta última pode ser encontrada em: <http://documentacao.camara.sp.gov.br/iah/fulltext/justificativa/JPL0155-2014.pdf>. Acesso em: 26 nov. 2016.

[1461] CRFB, art. 7º: "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XV – repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos".

[1462] Embora a guarda dos domingos não se limite aos católicos, confira-se o que afirma o *Catecismo da Igreja Católica*: "O primeiro preceito [da Igreja] ('Ouvir missa inteira e abster-se de trabalhos servis nos domingos e festas de guarda') exige aos fiéis que santifiquem o dia em que se comemora a ressurreição do Senhor, bem como as principais festas litúrgicas em honra dos mistérios do Senhor, da Bem-aventurada Virgem Maria e dos Santos, que a Igreja declara como sendo de preceito, sobretudo participando na celebração eucarística em que a comunidade cristã se reúne e descansando de trabalhos e ocupações que possam impedir a santificação desses dias" (CIC, § 2042).

[1463] No Estado e no Município do Rio de Janeiro, respectivamente, as Leis nºs 6.543/2013 e 1.410/1989 dispensam o ponto dos servidores judeus nos dias de observância de *Yom Kippur*, *Pessach* e *Rosh Hashaná*.

Ao facilitar muito a vida de alguns, o Estado inevitavelmente deixa a imparcialidade que deve marcar a sua atuação, alinhando-se com eles e desprestigiando os demais. Fosse um ou outro feriado, a questão talvez fosse mais difícil. Mas a ampla identidade entre o calendário de festas oficiais e os dias santos dos cristãos (notadamente dos católicos) demonstra uma clara inconstitucionalidade por afronta ao princípio da laicidade – por importar em evidente *identificação vedada*. Embora outros grupos com ascendência crescente, como os evangélicos, tenham usado sua força para tentar se apropriar de outra parte do calendário oficial, o mesmo não se pode dizer de inúmeros outros, como judeus, muçulmanos, budistas e umbandistas – para não mencionar os ateus –, que não são contemplados de forma alguma, muito menos com a chancela oficial da lei. Quando vistas em conjunto, as festividades oficiais identificam simbolicamente o Estado brasileiro com o cristianismo, passando a inequívoca mensagem de que os cristãos têm um *status* diferenciado.

Embora o quadro geral no Brasil exija uma revisão, isso não quer dizer que a criação de qualquer feriado religioso, individualmente considerado, será sempre inválida. Tome-se como exemplo a peregrinação dos muçulmanos a Meca (*hajj*): cerca de dois milhões de pessoas eram esperadas em 2016, o que, evidentemente, exigiu esquemas especiais de trânsito e segurança nas proximidades. Em 2015, mais de duas mil pessoas morreram em um tumulto em Mina, cidade vizinha, onde muitos ficam hospedados[1464]. Tal como se fez no Rio de Janeiro e em diversos outros lugares no Brasil durante a Copa do Mundo de 2014 e os Jogos Olímpicos de 2016, seria perfeitamente compreensível que, diante de um evento como o *hajj*, um Município brasileiro instituísse um feriado local[1465]. Em situações como essa, há inúmeras razões legítimas para a medida e que envolvem desde o turismo até a garantia da segurança pública e do transporte local. Algo semelhante poderia ser feito, *e.g.*, no dia de Nossa Senhora Aparecida, pelo Município de Aparecida do Norte, em São Paulo, que aufere renda em função das romarias e recebe milhares de pessoas nessa data. Por isso mesmo, foi feliz a decisão do legislador federal de conceder às autoridades locais o poder de instituir feriados religiosos, limitando seu número para evitar excessos (já a menção à Sexta-feira da Paixão é inteiramente injustificada).

[1464] PEREGRINAÇÃO a Meca começa sob alta tensão. *G1*, 9 set. 2016. Disponível em: <https://goo.gl/oQ8sth>. Acesso em: 26 nov. 2016.

[1465] De fato, o Município do Rio de Janeiro decretou quatro feriados durante a Jornada Mundial da Juventude, realizada na cidade em 2013 (Lei Municipal (Rio de Janeiro/RJ) nº 5.591/2013, art. 1º), com a presença do papa Francisco. Contra essa lei foi proposta ação direta, julgada improcedente pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Na avaliação do Tribunal, ao cuidar da viabilização de eventos pontuais com grande impacto no Município, este se manteve em competência de dispor sobre assuntos de interesse local (TJRJ, *DJ* 24 jun. 2014, Ação Direta de Inconstitucionalidade 0037154-96.2013.8.19.0000, Rel. Des. Maldonado de Carvalho).

Outra possibilidade igualmente legítima envolve feriados como o Natal, que não têm mais uma carga exclusivamente religiosa. É inegável a filiação cristã das Festas de Fim de Ano, mas sua situação é bem diferente, *e.g.*, do Dia de São Pedro ou *Corpus Christi* – o Natal é muitas vezes celebrado, de fato, como uma data de reunião familiar e com amigos, e tem um aspecto comercial tão intenso que suscita críticas dos grupos religiosos[1466]. Enquanto dias dedicados a santos ou a outros eventos cristãos não encontram adesão universal nem entre os católicos (e demais cristãos), o Natal é comemorado até por quem integra outras confissões. Algo semelhante se aplica ao Dia de São Sebastião na cidade do Rio de Janeiro: a origem católica é óbvia, mas indireta – homenagem de Estácio de Sá ao rei D. Sebastião de Portugal por meio do santo homônimo –, mas a data é hoje muito mais associada à imagem e ao nascimento da cidade do que aquela de sua efetiva fundação (1º de março), que nem mesmo é feriado.

Uma situação bem particular diz respeito ao domingo. Existe um interesse estatal legítimo na garantia de um dia de repouso semanal para os trabalhadores. É verdade que ele não precisa coincidir com o domingo, mas também não é vedado que se opte por isso. Seria possível, em princípio, que se decidisse deixar a questão em aberto, determinando apenas que houvesse um dia de repouso em cada sete. Mas isso levaria a que cada empresa e trabalhador tivessem de pactuar individualmente o ponto, gerando um grande inconveniente. Além disso, e ainda mais importante, é razoável que o Estado eleja um dia geral de descanso, a fim de permitir que as pessoas se encontrem com as outras, visitem e fiquem com seus familiares e amigos, em uma "atmosfera especial de tranquilidade", como decidiu a Suprema Corte dos EUA[1467].

Sem dúvida, seria inaceitável que o Estado instituísse o domingo como dia de oração ou prática religiosa[1468] ou, de alguma forma, o associasse simbolicamente à observância dos

---

[1466] Nas palavras do *Chief Justice* Dickson da Suprema Corte do Canadá, a celebração do Natal, da Páscoa e dos domingos ainda ocorreria, em parte: pela observância religiosa ainda existente – "embora reduzida" – dos cristãos; pela aplicação de leis que o exigiam; e, ainda, "por causa do efeito combinado da inércia social e da reconhecida necessidade das pessoas de tirar dias de folga do trabalho ou da escola, em comum com a família, os amigos e outros membros da comunidade" (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 SCR 713).

[1467] *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420, at 451 (1961).

[1468] Nessa linha, o Tribunal de Justiça da Bahia declarou a inconstitucionalidade de lei municipal que proibia a abertura de bares na Sexta-feira da Paixão. Nas palavras da relatora do acórdão: "Com efeito, a liberdade de funcionamento dos bares não pode ser cerceada sob os influxos de orientações morais religiosas, majoritárias ou não. A crença religiosa – ou mesmo a sua ausência – deve ficar circunscrita à esfera privada, não podendo o Estado ser conduzido por paixões religiosas de qualquer ordem ou impor a fé a quem quer que seja. Inobservando esse imperativo, o legislador ordinário municipal deixou de lado a postura neutra que a Constituição do Estado da Bahia - espelhando-se na Carta Magna Federal – impõe aos entes estatais" (TJBA, *DJ* 25 maio 2016, Ação Direta de Inconstitucionalidade 0015229-97.2014.8.05.0000, Rel. Des. Rita de Cássia Machado Magalhães Filgueiras Nunes; trecho do voto da relatora). Em sentido oposto, o Tribunal Constitucional da África do Sul considerou válida lei que proibia a venda de vinho aos domingos, no Natal e na Sexta-feira da Paixão. Na avaliação da maioria, exposta pelo Juiz Chaskalson, a legislação impugnada não imporia a observância de dias santos nem promoveria

mandamentos cristãos – por exemplo, ao criminalizar ou vedar o trabalho de forma absoluta. Uma coisa é garantir o repouso, gerando custos adicionais para que o empregador exija o trabalho; outra, muito diversa, é proibir a pessoa de trabalhar mesmo que queira[1469]. Nessa linha, na Croácia, em 2004 e 2008, a Igreja Católica pressionou as autoridades para proibir o comércio aos domingos, mas, nas duas ocasiões, a legislação foi declarada inválida por afronta ao princípio da laicidade[1470].

Nada obstante, a simples escolha do domingo, tendo em vista uma centenária tradição nesse sentido, à qual todos os empresários e trabalhadores já se habituaram, não conduz a essa conclusão de forma automática[1471]. O senso comum associa esse dia ao lazer, ainda que muitos o empreguem para atividades religiosas[1472]. Ademais, é frequente que a interrupção do trabalho ocorra no "fim de semana" como um todo – diminuindo a associação simbólica entre o domingo, o repouso semanal e o cristianismo. Como é possível a substituição do repouso aos domingos por outro dia de folga e é cada vez mais usual que diversos serviços funcionem nesses dias – por oposição à vedação total de um "dia de guarda" – não há como dizer que a preferência pelo domingo seja um endosso ou um favorecimento ao cristianismo a ponto de violar a exigência de laicidade[1473]. Ao contrário, todos esses elementos confirmam que se trata de uma

---

uma religião específica. Isso porque, nessas ocasiões, a lei permitiria a venda de bebidas alcoólicas, embora restrita aos portadores de determinadas licenças. Seu objetivo, portanto, não seria vedar o consumo dessas bebidas, mas apenas restringi-lo (*S v. Lawrence, S v. Negal, S v. Solberg* (CCT 38/96, CCT39/96, CCT40/96) [1997] ZACC 11; 1997 (10) BCLR 1348; 1997 (4) AS 1176).

[1469] Nesses casos, pode-se falar até mesmo em violação à liberdade religiosa, como decidiu a Suprema Corte do Canadá em *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 SCR 295. O caso envolvia a situação de uma empresa que havia sido condenada criminalmente por comercializar bens aos domingos, contrariando uma lei denominada *Lord's Day Act* (Lei do Dia do Senhor). O acórdão ressalta uma peculiaridade histórica do Canadá: nos EUA, como visto acima, a legislação referente ao domingo foi despida de seu peso religioso para ser considerada válida; no Canadá, por sua vez, sua base religiosa fora reforçada desde o início para sustentar a validade da atuação do Parlamento federal como um exercício de sua competência em matéria penal. No entanto, como isso gerava um choque com a liberdade religiosa, em *Robertson and Rosetanni v. R*, [1963] SCR 651, a Suprema Corte inicialmente traçou uma distinção entre o propósito da lei – que era promover uma prática religiosa – e seus efeitos práticos – que seriam puramente seculares (*e.g.*, repouso). Essa diferença foi rejeitada em *Big M*, que destacou a mensagem de exclusão que a execução de uma prática religiosa com a força do Estado gera sobre as minorias.

[1470] FOX, Jonathan. *Political secularism, religion, and the state*, cit., p. 79.

[1471] Como apontou a Suprema Corte do Canadá em *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 SCR 713.

[1472] *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420, at 451 (1961). No entanto, o *Chief Justice* Warren, que redigiu o acórdão, destacou, em corretíssima cautela: "Por fim, devemos destacar que este caso envolve apenas a constitucionalidade [do dispositivo legal] diante de nós. Não estamos afirmando que a legislação sobre o domingo não violaria a *Establishment Clause* caso se puder demonstrar que seu propósito – evidenciado seja por sua literalidade, em conjunto com seu histórico legislativo, seja por seu efeito prático – seja usar o poder do Estado para promover uma religião" (at 453).

[1473] Ou seja: o domingo é um dia de repouso, e não um dia de guarda oficial – embora o seja segundo a convicção pessoal de diversos cristãos. V. LEITE, Fábio Carvalho. Liberdade religiosa e objeção de consciência, cit., pp. 169-170.

restrição lícita do referido princípio. Apesar disso, para respeitar a liberdade religiosa e a isonomia, é necessário sempre assegurar que os demais cidadãos, que não tenham o domingo como dia de guarda, vejam garantido seu direito de observar suas datas próprias e não sejam discriminados por isso no acesso ao trabalho, ao consumo ou no exercício da iniciativa econômica e profissional.

7 **CONFLITOS ENTRE A LIBERDADE RELIGIOSA E A LAICIDADE**

7.1 **A liberdade religiosa e a representação democrática**

Ao longo deste estudo, sempre se insistiu na necessidade de superar a alienação em relação ao Estado e à sociedade, retomando sua compreensão como produtos da interação das pessoas. Trata-se, no fim das contas, de formas variadas de enxergar nada mais que o mesmo conjunto de cidadãos. Estado e sociedade civil são, simplesmente, os indivíduos, vistos como coletividades. No entanto, o campo do Estado é presidido pela laicidade e pela imparcialidade e o da sociedade, pela liberdade religiosa e pela tolerância. Para que os poderes privados não colonizem o Estado, a relação entre os dois campos deve ser mediada por uma esfera política em que todos são recebidos como iguais em suas diferenças. Esse é o âmbito da representação política, compreendida de forma ampla – o espaço não só do mandatário eletivo, mas também do cidadão, que deve dirigir a todos os outros justificativas suficientes para as propostas que faz ou endossa para a atuação coletivizada (*i.e.*, para as medidas que, a seu juízo, devem ser acolhidas e executadas pelo Estado com o esforço e os recursos coletivos). Em síntese, a ideia é que as relações de poder (econômico, ideológico) presentes na sociedade não se traduzam automaticamente em poder político.

Por envolver uma aplicação do princípio da laicidade, esse estado de coisas pode ser atingido por meios diferentes e em graus distintos, a depender das circunstâncias – em especial do peso que assumir a liberdade religiosa, igualmente dotada de uma relevante dimensão principiológica. É tão importante garantir, de um lado, que as pessoas (inclusive as religiosas) possam defender as medidas que considerem corretas, quanto, de outro, impedir que isso resulte na captura da esfera política por um grupo, ainda quando majoritário.

Na Índia, por exemplo, a legislação eleitoral inclui, entre as "práticas corruptas", a conduta do candidato, de um representante seu ou de qualquer outra pessoa com seu consentimento, de recorrer à religião como forma de impor ou impedir o voto em alguém[1474]. Segundo a Suprema Corte, a lei "foi editada para eliminar do processo eleitoral os apelos aos fatores divisivos que alimentam paixões irracionais que vão de encontro aos preceitos básicos da Constituição". Seu objetivo fundamental é "impedir a influência religiosa de entrar no campo

[1474] ÍNDIA. *Representation of the People Act*, 1951, s. 123 (3).

eleitoral". No entanto, não se considera vedado simplesmente dizer que se deve votar em alguém por essa pessoa ser um bom Sikh ou cristão, mas só a divulgação da ideia de que não votar nele ou votar em outro candidato seria contrário a uma religião específica[1475]. Em Portugal, a Constituição de 1976 explicitamente proíbe os partidos políticos de "usar denominação que contenha expressões directamente relacionadas com quaisquer religiões ou igrejas, bem como emblemas confundíveis com símbolos [...] religiosos". Isso não interfere, porém, com o conteúdo "da filosofia ou ideologia inspiradora do seu programa" (art. 51º, 3)[1476].

O Brasil não contempla restrições como essas, embora a lei proíba que entidades religiosas façam doações a partidos políticos e candidatos e vede a realização de propaganda eleitoral em templos[1477]. Apesar disso, a Justiça Eleitoral não considera configurados, nesses casos, o abuso do poder econômico (quando o uso das organizações religiosas é pontual)[1478] e a captação ilícita de sufrágio[1479]. Tampouco exige a desincompatibilização dos dirigentes de igrejas que se lancem como candidatos, "mesmo que [hajam] firmado termo de cessão de uso de terreno para construção do templo e recebido certa quantia para a realização de evento"[1480].

Em qualquer caso, porém, e por maior que seja o espaço de conformação do legislador na definição de uma solução para o choque entre a laicidade e a liberdade religiosa, há, pelo menos, dois obstáculos que não podem ser superados. O *primeiro* deles é a observância das

---

[1475] *S. Harcharan Sinoh v. Union of India* [1990] INSC 259; AIR 1991 SC 945; 1990 (1) Suppl.SCR 76; 1990 (4) SCC 647; 1990 (3) JT 692; 1990 (2) SCALE 413.

[1476] Segundo o Tribunal Constitucional, "[p]retende-se, com o preceito constitucional, nomeadamente, evitar lesão na boa-fé dos cidadãos e assegurar condições de transparência na participação política destes, de modo a afastar quaisquer juízos de confundibilidade com religiões ou igrejas, do mesmo passo se acautelando o princípio da não confessionalidade do Estado, com expressão no n.º 4 do artigo 41.º da CR, e se preservando a liberdade de consciência consagrada no n.º 1 do mesmo artigo" (*Acórdão nº 107/95*). No caso, indeferiu-se o registro de agremiação denominada "Partido Social Cristão". Nada obstante, mais recentemente, o Tribunal admitiu o uso da denominação "Democracia Cristã", porque "apesar do uso do vocábulo «cristã», o mesmo não pode ser dissociado da expressão «democracia cristã», a qual, globalmente considerada exprime, não a referência a uma concreta religião, mas um pensamento e uma ideologia relativa à aplicação de certos princípios e valores na vida política nacional e internacional" (*Acórdão 386/2015*).

[1477] Lei nº 9.504/1997, arts. 24, VIII, e 37, *caput* c/c § 4º. Nessa linha, o Tribunal Superior Eleitoral manteve a multa aplicada a um candidato que afixou propaganda no interior de uma igreja em Nova Iguaçu/RJ. V. TSE, *DJ* 9 jun. 2000, Ag 2.125/RJ, Rel. Min. Edson Vidigal.

[1478] V., *e.g.*, TSE, *DJ* 5 nov. 2015, RO 795.038/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha

[1479] TSE, *DJ* 30 abr. 2014, RO 180.081/AC, Rel. Min. José Antônio Dias Toffoli.

[1480] TSE, j. 25 out. 2012, RESPE 38.575/MS, Rel. Min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. A exigência de desincompatibilização está prevista no art. 1º, II, *i*, da LC nº 64/1990, que inclui "os que, dentro de 6 (seis) meses anteriores ao pleito, hajam exercido cargo ou função de direção, administração ou representação em pessoa jurídica ou em empresa que mantenha contrato de execução de obras, de prestação de serviços ou de fornecimento de bens com órgão do Poder Público ou sob seu controle, salvo no caso de contrato que obedeça a cláusulas uniformes". O referido dispositivo (inc. II) trata das causas de inelegibilidade para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República, mas é aplicável, por extensão, à disputa dos cargos de Governador e Vice-Governador (art. 1º, III, *a*) e Prefeito e Vice-Prefeito (art. 1º, IV, *a*).

exigências impostas pela ideia de *razão pública:* é um dever moral dos cidadãos e um dever jurídico dos seus representantes fundar sua argumentação em termos compartilhados, sem remeter a verdades absolutas e autoridades inquestionáveis – inclusive e especialmente razões religiosas. As justificativas devidas precisam dirigir-se a todos, como argumentos que "toda e qualquer pessoa" apresenta diante de "toda e qualquer pessoa" para que todos, juntos, façam algo. Isso não significa que só razões com as quais todos *concordem* seriam admissíveis, mas simplesmente que as que pressuponham a adesão a doutrinas éticas específicas só poderão ingressar no debate depois de *traduzidas* em razões públicas. Como vício de procedimento, a afronta a essa exigência conduz à invalidade do ato aprovado[1481].

No entanto, não se pode distinguir entre razões aceitáveis e inaceitáveis com base na pessoa que as expõe. A preocupação com a laicidade na atuação do Estado não se volta contra a pessoa de quem age e fala (o cidadão); seu objeto é o conteúdo da atuação que se pretende imputar ao Estado. Naturalmente, é próprio de uma pessoa religiosa defender o que considera certo, mas isso não significa que todos os seus argumentos serão necessariamente sectários – ou, pior, que devam ser tratados dessa forma. A limitação ao discurso é objetiva – diz respeito às razões que podem ser acolhidas pelos órgãos estatais –, e não subjetiva, dirigida a tolher a palavra de alguém em particular. O problema não é ouvir o que uma igreja tem a dizer, mas deixar que ela paute a vida do país segundo suas convicções.

Aqui se insere o *segundo* obstáculo a ser destacado – a proibição da discriminação por motivo religioso: a limitação que se criar deve alcançar igualmente todas as pessoas e grupos em condições semelhantes e ser proporcional à consecução do fim (legítimo) que se pretende buscar. Com isso em mente, a Suprema Corte dos EUA declarou a inconstitucionalidade de norma estadual que vedava a eleição de clérigos e demais ministros religiosos[1482]. Entendeu-se que, além de criar um prejuízo contra quem optasse por obter seu sustento da prática religiosa, a lei ainda violava o princípio da laicidade por deixar de lado a equidistância exigida do Estado. Segundo o *Chief Justice* Burger, que redigiu o acórdão:

[1481] Essa solução parece preferível àquela, defendida por Habermas (Religião na esfera pública, cit., p. 149), no sentido de que os Presidentes das Casas Legislativas determinassem a exclusão dos discursos baseados em razões religiosas dos registros legislativos. Essa ideia contribui para uma imprecisão histórica, ocultando um efetivo ato de violação, na tentativa de fingir que ele nunca teria ocorrido. Além de formar uma memória desfalcada para as gerações futuras, essa medida não repara o dano causado pela defesa do argumento impertinente – que, de todo modo, terá sido considerado no debate. É melhor privar a afronta ao direito de qualquer efeito prático (o que serve até como meio de desestimular a violação) do que manipular os registros, de forma que eles deixariam de narrar o que efetivamente se passou.

[1482] *McDaniel v. Paty*, 435 U.S. 618 (1978).

> o governo não pode promover, como um fim, a "prudência" [*safe thinking*] a respeito da religião e barrar da participação política aqueles que, como os ministros, veja como muito envolvidos na religião. Não menos que qualquer outro grupo, os religiosos gozam da integral proteção garantida ao discurso, à associação e à atividade política em geral. A *Establishment Clause*, propriamente compreendida, é um escudo contra qualquer tentativa do governo de inibir a religião como fez aqui [...]. Ela não pode ser usada como uma espada para justificar a repressão da religião ou de seus seguidores de qualquer aspecto da vida pública[1483].

Não há qualquer divergência entre os dois pontos apresentados. Ao contrário, ambos remetem à mesma ideia elementar: a imparcialidade das instituições. Ela se reflete tanto na acolhida de todos como cidadãos em paridade de condições, como na exigência de que, nesta qualidade, mantenham a perspectiva de quem decide, não para si, mas para os outros. Nesse sentido, tanto o agente público quanto o cidadão exercem *funções* – agem em nome de todos – e, por isso, devem se esforçar para não dar aos seus interesses e orientações um peso maior do que aquele que confere aos dos demais. Pode ser difícil acertar, mas o critério aqui é a justiça e não a facilidade. A democracia constitucional tem um preço e ele pode até não ser baixo, mas seu retorno é inestimável.

7.2 **O ensino religioso nas escolas públicas**

Uma questão especialmente sensível diz respeito à oferta de educação religiosa em escolas públicas, considerada um *dever* do Poder Público pelo art. 210, § 1º, da Constituição de 1988[1484]. Em rigor, não há aqui maior novidade, considerando que desde 1934 existe autorização formal para a inserção da religião no sistema público de ensino. A polêmica mais em evidência envolve a opção legislativa pelo modelo *confessional* de ensino religioso, tomada pelo Estado do Rio de Janeiro e por sua Capital[1485], que parece chocar-se com as diretrizes

---

[1483] *Ibid.*, at 641.

[1484] CRFB, art. 210, § 1º: "O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental".

[1485] Lei Estadual/RJ nº 3.459/2000; Lei Municipal (Rio de Janeiro/RJ) nº 3.228/2001. A imprensa também vem dando espaço para o debate. V. BERTA, Ruben; CANDIDA, Simone. 'Habemus' aula: alunos de 80 escolas municipais terão disciplinas de 4 religiões a partir do 2º semestre. *O Globo*, Rio de Janeiro, 23 jun. 2012. Rio, p. 16.

nacionais sobre o tema[1486] e, por isso, vem sofrendo forte resistência na doutrina[1487], sendo objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade[1488].

A complexidade do tema reside no seguinte: embora se reconheça que a *liberdade religiosa* dos pais e tutores inclui o direito de dirigir a educação religiosa das crianças – como ressaltam os tratados de direitos humanos –, o *princípio da laicidade* parece contrariado pela ideia de que o Estado a ofereça aos alunos de suas escolas. É particularmente delicado que o Poder Público selecione, admita e remunere professores dedicados à instrução religiosa. Na impossibilidade de passar por cima do art. 210, § 1º, da Constituição, a alternativa que muitos encontram – e que se defende perante o STF – é que o ensino religioso de que cogita a Carta seja compreendido como *não-confessional*[1489]. Com isso, essa disciplina teria como conteúdo programático "a exposição das doutrinas, das práticas, da história, e de dimensões sociais das diferentes religiões – bem como de posições não-religiosas, como o ateísmo e o agnosticismo

---

[1486] Em sua redação original, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Lei nº 9.394/96) previa, em seu art. 33, que o ensino público religioso poderia ser oferecido em caráter confessional ou interconfessional. No primeiro caso, os professores seriam preparados e credenciados pelas denominações religiosas, enquanto, no segundo, as entidades religiosas entrariam em acordo para definir um programa comum. A redação do dispositivo foi alterada pela Lei nº 9.475/97, que parece ter acabado com a modalidade confessional de ensino religioso. Confira-se a redação atual do dispositivo: "Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo. (Redação dada pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997) § 1º. Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores. § 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso".

[1487] Para autores como a antropóloga Debora Diniz, o ensino religioso de que cogita a Constituição não pode ser confessional, mas secular, assim compreendida "a apresentação do fenômeno religioso como um objeto de conhecimento compartilhado, submetido à dúvida acadêmica e passível de contestação por especialistas leigos ou religiosos" (DINIZ, Debora. Laicidade e ensino religioso nas escolas públicas: o caso do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 84, pp. 412-413, maio/jun. 2010). Outros autores, como Paulo Gustavo Gonet Branco, consideram que a orientação anterior confunde ensino religioso com Sociologia das Religiões, afirmando que "não faz sentido entender o *ensino religioso* como atividade acadêmica destituída do propósito de exposição e demonstração dos fundamentos de alguma crença existente" (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Liberdades. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 358).

[1488] São elas: a ADI 3.268/RJ, ajuizada contra a lei do Estado do Rio de Janeiro, que tem como relator o Min. Celso de Mello; e a ADI 4.439/DF, cujo relator é o Min. Luís Roberto Barroso, na qual se pede seja conferida interpretação conforme a Constituição ao art. 33, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), e ao art. 11, § 1º, do Acordo Brasil-Santa Sé.

[1489] Nessa linha, o Professor Daniel Sarmento registrou: "como militante da laicidade, devo confessar que sempre vi com reticências a regra contida no art. 210, § 1º, da nossa Constituição. Sempre temi a toxidade da mistura entre religião e poder político, especialmente neste espaço de 'formação das almas' que é a escola. Mas, fiel ao credo do constitucionalismo, sempre defendi que se levasse a sério também esse preceito da Constituição, independentemente do juízo que se fizesse sobre ele. Estudando o tema de fundo da ADI 4.439, os meus temores não se dissiparam de todo, mas percebi que talvez fosse possível transformar o que me parecia um limão azedo numa limonada" (SARMENTO, Daniel. Ensino religioso nas escolas públicas: a ADI 4.439 e a audiência pública do STF. *Jota*, 23 jun. 2015. Disponível em: <http://jota.info/artigos/ensino-religioso-nas-escolas-publicas-23062015>. Acesso em: 28 nov. 2016).

– sem qualquer tomada de partido por parte dos educadores"[1490]. Nem mesmo o ensino *interconfessional* seria admitido, na medida em que envolveria a exposição de elementos comuns entre as diversas denominações e, assim, permaneceria estranho à "neutralidade estatal em matéria religiosa, postulada pelo princípio da laicidade"[1491]. Em outras palavras: em vez de ensino *religioso* deveria ser oferecido um ensino *sobre as religiões*[1492].

Para que se possa compreender adequadamente o tema, é preciso retomar o que se viu acima acerca dos papéis dos pais e responsáveis, de um lado, e do Estado, de outro, no que se refere à educação. As premissas aqui são três: **(i)** os responsáveis pelas crianças têm garantido o direito de dirigir sua educação em matéria religiosa; **(ii)** também têm o direito de "escolher para seus filhos escolas distintas daquelas criadas pelas autoridades públicas"[1493] – o que, no Brasil, se traduz na "coexistência de instituições públicas e privadas de ensino" (CRFB, art. 206, III); e **(iii)** o Estado tem o interesse legítimo – *rectius:* o dever e a responsabilidade – de estabelecer um currículo comum (CRFB, art. 210, *caput*), que inclua o respeito aos valores elementares do Estado democrático de Direito – em particular, aos "direitos humanos e liberdades fundamentais", a fim de "capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos"[1494].

Para quem pode pagar uma escola confessional privada ou tem a sorte de viver onde haja uma de natureza filantrópica, o item (ii) é uma forma de garantir o item (i). Ainda assim,

---

[1490] É o que defende a Procuradoria-Geral da República na ADI 4.439/DF, na p. 3 de sua petição inicial. A peça está disponível para consulta em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 27 nov. 2016.

[1491] *Loc. cit.*

[1492] Uma interpretação que pode ser superada de pronto é aquela de Ives Gandra da Silva Martins, para quem o ensino religioso previsto pela Constituição "é um só, ou seja, o da Igreja que levou os portugueses a conquistarem o mundo em nome de Cristo e que comemorou a descoberta do Brasil com missa e a eucaristia pertinentes ao rito católico apostólico romano" (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Educação religiosa nas escolas públicas – inteligência do artigo 210 da Constituição Federal – Opinião legal, p. 21. Disponível em: <https://goo.gl/NH1abL>. Acesso em: 3 dez. 2016). É interessante observar que, segundo o autor, o único fundamento para essa leitura é a associação histórica das autoridades portuguesas e brasileiras com a Igreja Católica. No entanto, como ele mesmo reconhece, a "religião oficial do país sempre foi a católica apostólica romana até a separação dos assuntos do Estado e da Igreja, em fins do século passado" (*Ibid.*, p. 19). Consequentemente, a razão subjacente a sua leitura não é constitucional (já que a palavra *católica* sequer é mencionada pela Carta), nem histórica (pois, afinal, deu-se a separação formal entre a Igreja e o Estado), mas teológica: o autor considera "óbvio que [o constituinte] se referiu ao ensino religioso da Igreja fundada por Cristo e que outorgou apenas a Pedro a sua preservação, ao dizer que sobre aquela pedra fundaria a sua Igreja –não as suas Igrejas –, isto é, a Igreja que permitiu ao país ter o nome de Terra de Santa Cruz e de ter o Estado vinculado à Igreja Católica Apostólica Romana por 4 séculos" (*Ibid.*, p. 20-21). Nem mesmo a Igreja Católica concorda com essa leitura – nos termos do art. 11, § 1º, do Acordo entre a Santa Sé o Brasil de 2008 (Dec. Leg. nº 698/2009; Dec. nº 7.107/2010), o ensino religioso dever "católico e de outras confissões religiosas".

[1493] PIDESC, art. 13.1.

[1494] PIDESC, art. 13.1; PSS, art. 13.2. Em linha semelhante, v. DUDH, art. 27.2.

pode haver problemas com o item (iii): é possível que o conteúdo programático definido pelo Poder Público seja incompatível com a crença dos pais. Nesses casos, porém, a jurisprudência tem entendido – com razão – que a sua liberdade religiosa não se estende a ponto de lhes permitir moldar o currículo (que é geral) à luz de suas preferências. Consequentemente, ninguém está em posição de exigir que o Estado forneça educação em termos aceitáveis segundo sua religião. Mas isso não significa que a liberdade dos pais e responsáveis seja reduzida a zero diante da competência das autoridades escolares. Ao contrário, seu direito fundamental se traduz em duas exigências distintas dirigidas ao Estado:

(i) Caso seja ministrado, o ensino de uma religião em escolas públicas deve ser acompanhado de exceções ou alternativas não discriminatórias que garantam aos alunos e seus responsáveis o direito de não participarem dele[1495]; e

(ii) Embora o Poder Público possa incluir no ensino questões científicas, morais, éticas e filosóficas que muitas vezes se contrapõem a concepções religiosas (*e.g.*, métodos contraceptivos em matéria de educação sexual)[1496], ele deve cuidar para que isso seja não feito de forma tendenciosa, respeitando, assim, as divergências de opinião[1497].

Ou seja: para respeitar a liberdade religiosa dos pais e responsáveis, o Estado não pode fazer proselitismo em disciplinas obrigatórias e o que for compulsório deve ser conduzido de forma tão imparcial quanto possível. Mas o ensino religioso será lícito – à luz da liberdade religiosa dos pais e responsáveis – se for efetivamente facultativo, *i.e.*, se o direito de os alunos não participarem não lhes resultar em estigmas sociais ou discriminação. De resto, porém, como "curadores" dos interesses de terceiros, os responsáveis pelos estudantes não podem lhes gerar danos, privando-os das disciplinas que integram o currículo obrigatório e que são essenciais para garantir sua formação pessoal, acadêmica e profissional, e para lhes conceder iguais oportunidades no futuro. Além disso, não cabe aos pais e responsáveis dispor sobre o interesse coletivo na formação de uma sociedade que incorpore os valores do Estado democrático de Direito, impedindo as crianças de terem contato com a diversidade e com o conteúdo fixado no

---

[1495] UNITED NATIONS. Human Rights Committee. *General comment no. 22*, cit., § 6; UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *General comment no. 13*, cit., § 28.

[1496] CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, no. 5095/71; 5920/72; 5926/72, 7 December 1976, § 54.

[1497] CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Folgerø and Others v. Norway* [GC], no. 15472/02, § 102, 29 June 2007.

currículo oficial.

Por isso, voltando ao art. 210, § 1º, da Constituição, seria – no mínimo – estranho extrair desse dispositivo o dever do Estado de oferecer uma exposição objetiva das religiões (e do ateísmo e do agnosticismo) e, ao mesmo tempo, prever que a matrícula dos alunos seria facultativa. Se o conteúdo é pretensamente neutro e, mais que isso, pretende desenvolver a "capacidade de reflexão crítica" dos estudantes[1498], não há necessidade e, pior ainda, pode haver um *prejuízo* em admitir que seus responsáveis possam impedir sua participação. Se só uma disciplina com esses contornos é capaz de "formar cidadãos e pessoas autônomas, capazes de fazerem escolhas e tomarem decisões por si próprias em todos os campos da vida, inclusive no da religiosidade"[1499], então como subordinar seu conteúdo à opção dos pais? Ou se poderia admitir que algumas famílias impedissem seus filhos de adquirir maior capacidade crítica em matéria de religião?

Essa interpretação se volta contra si mesma: ao substituir o "ensino religioso" pelo "ensino não-confessional sobre religiões", ela permite que os pais e responsáveis se valham da *facultatividade* prevista no art. 210, § 1º, para impedir que as crianças sob seus cuidados tenham acesso justamente ao conteúdo crítico que se lhes pretendia oferecer. O caráter facultativo, que só se justifica como forma de proteger os alunos contra uma doutrinação religiosa indesejada, não só é desnecessário, mas efetivamente prejudicial e perigoso quando aplicado a uma reflexão imparcial sobre as religiões[1500].

[1498] Como defende a Procuradoria-Geral da República na p. 14 de sua petição inicial na ADI 4.439/DF. O mesmo sustentou o Professor Daniel Sarmento, em nome da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ, na audiência pública promovida pelo STF na referida ação direta. Em suas palavras: "o ensino não confessional, se corretamente ministrado, com currículo e material didático apropriados, pode fornecer às crianças e adolescentes as informações necessárias para que, junto com aquelas que recebem de suas famílias e comunidades, as habilitem ao exercício mais pleno e consciente da sua liberdade religiosa. Pode se tornar um espaço não de catequese, mas de empoderamento individual. Mais do que isso, esse ensino pode contribuir para reduzir a intolerância religiosa, que vem crescendo de modo assustador em nossa sociedade" (SARMENTO, Daniel. Ensino religioso nas escolas públicas: a ADI 4.439 e a audiência pública do STF, cit.).

[1499] *Ibid.*, p. 4.

[1500] O ponto foi destacado pela Suprema Corte do Canadá em *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7. Uma família católica teve negada sua solicitação de isentar seus filhos de participação no *Ethics and Religious Culture Program*, que se tornara obrigatório no Québec, substituindo os programas católicos e protestantes de instrução moral e religiosa até então existentes. A Corte manteve a decisão das autoridades escolares, em acórdão redigido pela Juíza Deschamps, que destacou (§§ 1 e 40): "Diante da diversidade religiosa do Québec, o Estado não pode mais promover nas escolas públicas uma visão da sociedade que é baseada em religiões historicamente dominantes. [...] Os pais são livres para passar suas crenças pessoais a seus filhos se assim desejarem. No entanto, a exposição das crianças desde cedo a realidades que diferem daquelas de seu ambiente familiar imediato é um fato da vida em sociedade. A sugestão de que expor as crianças a uma variedade de fatos religiosos, por si só, viola sua liberdade religiosa ou a de seus pais corresponde a uma rejeição da realidade multicultural da sociedade canadense e ignora as obrigações do governo do Québec para com a educação pública". Em linha semelhante, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou lícita a punição de pais que haviam excluído seus filhos de aulas de educação sexual por razões religiosas (*Dojan v. Germany* (dec.), no. 319/08, 13 September 2011).

Além disso, essa ideia esbarra em problemas práticos relevantes. Defender um ensino isento sobre religiões é supor que a educação, em si, poderia ser neutra, o que não é viável[1501]. Pior: o direito de ensinar a religião cabe apenas a cada denominação; é ela que, competente para identificar sua crença, pode escolher e formar seus líderes, ministros e professores. Por isso, só se poderiam examinar as doutrinas sobre a religião em termos igualitários a partir de um ponto de vista *não religioso* – *e.g.*, História das Religiões, Sociologia da Religião, Filosofia da Religião –, na perspectiva de um "observador externo". Para um "participante" (*i.e.*, um crente), muitas vezes não há espaço para várias crenças, mas apenas para uma verdade e inúmeros equívocos – por maior que seja a tolerância concedida aos que estejam em erro. Somente um ateu ou agnóstico é capaz de tratar as religiões em igualdade de condições e nem eles são imparciais nessa matéria[1502]. O mesmo se aplica a quem, por imperativo de método, adote uma postura mais filosófica ou científica: como visto, essa pessoa também enxerga verdades que nem todos compartilham – e nem é preciso chegar à Metafísica: há inúmeras concepções sobre a História e correntes filosóficas e sociológicas entre as quais se deve optar. Se até mesmo nas Ciências Naturais caiu o paradigma da separação absoluta entre o sujeito e o objeto do conhecimento, o mesmo se pode dizer – e com muito maior razão – no campo das relações sociais e das questões humanas: somos todos participantes e cocriadores da cultura em que vivemos.

Nada impede que o Estado ofereça disciplinas que tenham a religião como objeto de estudo e, assim, sejam críticas às ideias defendidas pelas confissões. Isso ocorre, de forma bastante natural, com o ensino de História, quando se discute, *e.g.*, a atuação política da Igreja Católica, a Inquisição, as caças às bruxas em terras protestantes. Da mesma forma, as relações de poder associadas à autoridade religiosa podem ser examinadas pela perspectiva da Ciência Política, assim como o papel das igrejas na reprodução de instituições sociais de dominação é alvo de frequentes debates sob uma óptica sociológica. Muitas dessas questões já se inserem no currículo escolar – e não há nada de errado aqui. Então as perguntas que se colocam são: Por que então exigir uma disciplina específica para isso? Caso fizesse sentido, por que ela haveria de ser facultativa? Uma família católica teria o direito impedir que seus filhos ouvissem sobre

[1501] Segundo Moacir Gadotti, Professor da USP e Diretor do Instituto Paulo Freire, "há idéias universalmente difundidas, entre elas a de que não há idade para se educar, de que a educação se estende pela vida e que ela não é neutra" (GADOTTI, Moacir. Perspectivas atuais da educação. *São Paulo em Perspectiva*, v. 14, n. 2, p. 3-11, 2000, p. 4).

[1502] Destacando essas dificuldades, mas sem se posicionar sobre o tema, v. EVANS, Carolyn. Religious education in public schools: an international human rights perspective. *Human Rights Law Review*, v. 8, n. 3, pp. 449-473, 2008, p. 463.

a Inquisição? Se a resposta a essa última questão for negativa, esse conteúdo não pode ser facultativo e, portanto, não é do "estudo crítico sobre as religiões" que cuida o art. 210, § 1º, da Carta.

Por todas essas razões, a única interpretação possível da expressão *ensino religioso* é aquela que, aliás, corresponde ao seu sentido mais óbvio, qual seja: *ensino de religião*. Aliás, não fosse por isso, o dispositivo dificilmente teria uma razão de ser[1503].

Mas essa conclusão não encerra o debate; ao revés, só o inflama, porque remanescem as críticas lançadas em nome da laicidade. Caso admissível, a substituição do *ensino de religião* pelo *ensino não confessional sobre religiões* resolveria o problema. Não sendo esse o caso, é preciso avançar. Uma das formas de lidar com a questão seria supor que o art. 210, § 1º, seria uma "exceção" à laicidade, abrindo espaço a qualquer arranjo possível com as religiões. No entanto, em se tratando de um princípio constitucional, é dever do intérprete procurar uma interpretação que dê à laicidade a máxima efetividade possível. No caso, isso significa que é preciso examinar se não há outra leitura do art. 210, § 1º, da Constituição que, sendo compatível com seu texto expresso, prestigie também, e na maior medida admissível, o princípio da laicidade.

Os únicos problemas que a laicidade poderia sugerir e que a literalidade do art. 210, § 1º, resolve de imediato dizem respeito às possíveis discussões quanto ao uso da *escola pública* para as atividades relativas à educação religiosa e a inserção da disciplina nos *horários normais* das escolas. Seria preciso atropelar o texto da Constituição para impedir que essas aulas ocorressem dentro das instituições públicas de ensino fundamental, ou exigir que fossem agendadas em horários incompatíveis com a participação nas demais aulas ou em datas e horas

---

[1503] FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. O ensino religioso nas escolas públicas: exegese do § 1º do art. 210 da CF de 05.10.1988. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 20, pp. 19-47, 1997, pp. 33 e 39: "[...] é porque o Estado é 'separado' da Religião que entendendo o constituinte válida a inserção do ensino religioso nas escolas públicas teve de o fazer expressamente. Não fora a expressa previsão constitucional, e essa modalidade de ensino não poderia ser prestada em escolas públicas, em razão da restrição imposta pela regra-parâmetro [*i.e.*, o art. 19, I, da Constituição]. [...] somente como tal, isto é, como ensino de religião, é que se pode entender a expressa ressalva aberta no preceito referido. Fosse de outra índole ou natureza o ensino ali referido e não haveria necessidade de menção especial no texto constitucional. Com efeito, se não se tratasse de ensino confessional, de ensino de religião, não haveria razão para o § 1º". Não por acaso, a Suprema Corte dos EUA declarou inconstitucional a autorização para que denominações oferecessem instrução religiosa, por sua própria conta, em escolas mantidas pelo Estado. V. *McCollum v. Board of Education*, 333 U.S. 203 (1948). *A contrario sensu*, a mesma orientação foi mantida em *Zorach v. Clauson*, 343 U.S. 306 (1952), em que a legislação pertinente foi declarada válida, entre outras razões, por não permitir o ensino religioso nas escolas públicas. O art. 210, § 1º, da Carta de 1988 é uma forma de evitar essa dificuldade. A oferta de ensino religioso nas escolas públicas pode ser considerada também uma boa forma de combinar o direito dos pais de definirem a educação religiosa seus filhos e a dificuldade do Estado, em uma sociedade plural, de conduzir o currículo de forma imparcial. Ao admitir o ensino religioso, o Poder Público integra essa diversidade ao ambiente escolar sem perder o controle sobre as disciplinas obrigatórias. Nesse sentido, v. EVANS, Carolyn. Religious education in public schools, cit., p. 458.

totalmente diversas daquelas utilizadas pelas disciplinas obrigatórias. A ideia é que a autoridade escolar não frustre o acesso dos estudantes ao ensino religioso, que deve poder ter lugar nas escolas públicas de ensino fundamental[1504].

Aqui encerra o conteúdo mínimo extraído da letra do art. 210, § 1º. O dispositivo não prevê, seja para autorizar, seja para exigir, a contratação de professores de religião, nem a definição do conteúdo pelo Poder Público – os dois principais alvos de críticas à previsão do ensino religioso pela Constituição. Esse silêncio da Carta pode ser preenchido pelo princípio da laicidade que, não encontrando obstáculo no texto do § 1º, deveria ser aplicado em sua máxima força.

A incidência do princípio tem diversas consequências. A primeira, e mais evidente, é evitar uma compreensão alargada do ensino religioso como elemento básico do currículo nacional. Não pode ser atribuída uma leitura expansiva ao art. 210, § 1º – este alcança apenas as escolas expressamente previstas no seu texto (*i.e.*, as instituições *públicas* e, dentre elas, só as que oferecem o *ensino fundamental*). As demais escolas públicas e todas as particulares estão excluídas do dever de oferecer o ensino religioso, embora os estabelecimentos privados, no exercício da sua liberdade, possam fazê-lo se assim desejarem[1505].

No mais, a laicidade se une à liberdade religiosa para construir o restante do regime constitucional do ensino religioso nas escolas públicas. Com efeito, este se insere no âmbito de proteção daquela liberdade, estando associado às seguintes posições jurídicas *prima facie:* **(i)** o direito dos responsáveis de orientar a educação religiosa das crianças sob seus cuidados; e **(ii)** o direito das confissões de identificar o conteúdo a ser ministrado e quem está habilitado a fazê-lo. Além disso, tanto o princípio da laicidade como a liberdade religiosa insistem na **(iii)** vedação à discriminação por motivo de religião. Desses três pontos se extrai o seguinte:

(i) O Estado está *proibido* de selecionar professores de religião – essa decisão cabe exclusivamente às denominações religiosas; da mesma forma, o Poder Público está impedido de identificar se e quando essas pessoas permanecem fiéis à

[1504] Nesse sentido, parece pertinente dizer que o art. 210, § 1º, procura facilitar o "exercício de liberdade religiosa à população estudantil que, inscrevendo-se num contexto tradutor de uma certa realidade, não pode ser ignorada como fenómeno social" – o que, por si, não afeta "a neutralidade do Estado". Afinal, "[n]ão se trata de proteger ou privilegiar uma qualquer confissão religiosa, mas sim de garantir o efectivo exercício da religiosa, como consequência de uma situação e de uma exigência social" (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão nº 432/87*).

[1505] SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 813. Daí o equívoco da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, que inseriu a "Educação Religiosa" como uma das áreas do conhecimento nas Diretrizes Curriculares do Ensino Fundamental (Resolução/CEB nº 2/1998, *DOU* 15 abr. 1998).

doutrina religiosa e, por isso, não podem mais ministrar aulas[1506];

(ii) O Estado está *proibido* de definir o conteúdo da crença religiosa e, por isso, de avaliar se o que é ensinado está correto ou se os alunos aprenderam o que importava – também isso compete apenas às confissões religiosas;

(iii) Tudo o que o Estado fizer em favor de uma denominação deve também fazer para as outras, sob pena de favoritismo indevido[1507]. Caso a liberdade religiosa dos responsáveis pelos alunos gerasse para o Poder Público o dever positivo de contratar e gerir professores de religião, cada escola precisaria admitir novos mestres sempre que uma família com outra crença o exigisse – situação que é evidentemente insustentável do ponto de vista administrativo; não há como organizar um sistema escolar concedendo aos responsáveis pelos alunos o direito *potestativo* e *individual* de modificar o pessoal lotado em cada escola.

Isso deve ser suficiente para demonstrar que a situação dos professores de religião é totalmente incompatível com o regime jurídico dos servidores públicos. Não faz sentido falar em *estabilidade* para quem é selecionado e se mantém na função enquanto goza da confiança de uma entidade privada[1508]. Tampouco há como pensar em *concurso público* quando o Estado

---

[1506] ESPANHA. Tribunal Constitucional. *STC 38/2007:* "A crença religiosa objeto de ensino há de ser, então, aquela definida por cada Igreja, comunidade ou confissão, não cabendo ao Estado outra atribuição além das que correspondem às obrigações assumidas no marco das relações de cooperação a que se refere [a Constituição]. Segue-se do anterior que também deve corresponder às confissões a competência para avaliar a idoneidade das pessoas que venham a ministrar o ensino do seu respectivo credo. Um juízo que a Constituição autoriza que não fique limitado à consideração estrita dos conhecimentos dogmáticos ou das aptidões pedagógicas do corpo docente, sendo possível também que se estenda aos extremos da própria conduta na medida em que o testemunho pessoal constitua para a comunidade religiosa um componente definidor do seu credo, até o ponto de ser determinante para a aptidão ou qualificação para a docência [...]".

[1507] Essa foi a preocupação da Corte Constitucional da Colômbia ao tratar do tema (*Sentencia C-027/93*): "Na regulamentação legal que se haverá de expedir na matéria, à Igreja Católica se deve dar, nos estabelecimentos do Estado, o mesmo espaço religioso que as demais religiões, deixando livres, em todo caso, os estudantes que não quiserem receber instruções religiosa alguma, com o que se conseguiria colocar em um mesmo plano de igualdade a todas as confissões, pois se satisfaria o interesse religioso dos estudantes segundo suas próprias crenças e não se obrigaria ninguém a receber ensino religioso".

[1508] Esse problema ocorreu na Alemanha, onde se admite que os Estados (*Länder*) criem faculdades de Teologia, vinculadas a confissões religiosas, nas instituições de ensino superior que mantenham. Depois de renunciar publicamente à fé cristã, um professor do curso de Teologia de uma dessas universidades foi transferido para outra cátedra, em unidade acadêmica diversa da mesma instituição de ensino. Sua transferência havia sido solicitada inclusive pela denominação a que ele pertencia. Ao examinar a reclamação do professor, o Tribunal Constitucional Federal reconheceu que sua liberdade de cátedra havia sido restringida, mas considerou legítima a medida diante do direito à autodeterminação da Igreja envolvida. Nas palavras do Tribunal: "Se o Estado decide ensinar teologia em suas universidades, como o estudo acadêmico da fé relacionada a uma denominação religiosa específica, então as verdades da fé se tornam o objeto do ensino universitário (estatal). [...] Mas não pode e não deve ser uma preocupação do Estado, que é neutro em matérias religiosas e ideológicas, decidir se o ensino teológico é adequado a uma denominação religiosa. Ao revés, esse é um direito da própria comunidade religiosa cuja teologia está em questão" (1 BvR 462/06, § 61).

não está em condição de avaliar ou classificar os candidatos. Nem mesmo a ideia elementar de *cargo público* faz sentido quando a demanda é flutuante e o exercício da função é precário a ponto de depender da vontade de uma organização religiosa[1509]. Também não seria próprio estender para este contexto a autorização para contratação de pessoal por tempo determinado, prevista no art. 37, IX – ela pressupõe uma "necessidade temporária" que é incompatível com o caráter permanente e contínuo do ensino religioso, que não é algo esporádico ou imprevisível[1510]. Ainda mais estranho seria imaginar algum tipo de negócio jurídico oneroso entre o Estado e as organizações religiosas para que elas oferecessem o ensino de religião nas escolas públicas: o Poder Público remuneraria uma entidade para que ela satisfizesse seu próprio interesse, além de ficar refém do preço que ela quisesse cobrar.

O regime dos servidores poderia acomodar tudo isso como uma grande anomalia se o art. 210, § 1º, inequivocamente exigisse a admissão de professores de religião pelo Estado. Mas, à falta de uma disposição textual nesse sentido, não há por que forçá-la ao sistema constitucional, criando um modelo excepcional de ponta a ponta. Essa ginástica interpretativa é incompatível com o princípio da laicidade que, no silêncio do § 1º, comanda a solução da questão. Ter um agente estatal recitando mandamentos religiosos e instruindo as crianças na fé é mais que uma união simbólica entre Estado e religião – cuida-se de uma verdadeira confusão entre Poder Público e organizações religiosas[1511].

Subordinar despesas públicas à confiança de pessoas privadas, para satisfação dos seus fins particulares e sectários, é um excesso que, na ausência de norma constitucional expressa

---

[1509] MONTEIRO, Nilton de Freitas. Parâmetros constitucionais do ensino religioso nas escolas públicas. Disponível em: <https://goo.gl/zQLWZq>. Acesso em: 3 dez. 2016: "O Estado jamais poderia assumir o encargo de ministrar o ensino religioso, posto que não teria condições de quantificar sequer o número de professores de religião, considerando que a demanda por este tipo de ensino é variável e dependente da opção dos alunos. De fato, se pretendesse assumir para si um encargo que não lhe é deferido constitucionalmente, o Estado deveria, primeiro, estabelecer os conteúdos da matéria a ser ensinada; segundo, deveria fazer um concurso público para arregimentar professores que fariam parte dos planos de carreira do magistério, tudo isso conforme o princípio estabelecido no artigo 206, inciso V, da Constituição".

[1510] No julgamento do RE 658.026/MG, julgado sob o regime da repercussão geral, o STF afirmou a seguinte tese constitucional: "Nos termos do art. 37, IX, da Constituição Federal, para que se considere válida a contratação temporária de servidores públicos, é preciso que: [...] c) *a necessidade seja temporária*; [...] e) a contratação seja indispensável, sendo *vedada para os serviços ordinários permanentes do Estado que estejam sob o espectro das contingências normais da Administração*" (STF, *DJ* 31 out. 2014, RE 658.026/MG, Rel. Min. Dias Toffoli).

[1511] Por isso, não se pode concordar com WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*, cit., p. 263, que admite que professores-servidores ministrem o ensino religioso e, embora afirme que isso seria mais "tranquilo" na modalidade interconfessional, considera "perfeitamente possível" que se avance para o confessional. É verdade que, segundo o autor, isso exigiria "atenção para que não haja envolvimento excessivo do Estado em matéria religiosa", preservando-se o direito de autodefinição das confissões. No entanto, não é só a proteção das organizações religiosas que está em jogo, mas também sua diferenciação institucional do Estado, a fim de que este não se confunda com um braço da fé.

em sentido contrário, não pode ser admitido[1512]. A "cooperação" aqui se traduz em *subvenção* vedada, tendo em vista a finalidade exclusivamente religiosa do ensino em questão, além de afrontar a exigência de *diferenciação institucional*, fazendo do Estado um braço das organizações religiosas. Ademais, como não seria possível contemplar todas as denominações – os recursos são sempre escassos –, em vez de "colaboração", ter-se-ia o *favorecimento ilícito* de algumas crenças em detrimento de outras[1513].

Dessa forma, do ponto de vista sistemático, a única interpretação possível do art. 210, § 1º, da Carta é aquela segundo a qual *o Estado está obrigado a franquear, às organizações religiosas, o acesso às escolas públicas para que seus ministros ou professores ofereçam o ensino de religião nos horários e salas disponibilizados pela autoridade escolar, dentro da agenda normal dos estudantes*[1514]. Com isso, a colaboração do Poder Público se limita ao que

---

[1512] O ponto foi observado pelo Conselho Nacional de Educação, em parecer proferido à época em que vigia a redação original do art. 33 da Lei nº 9.394/1996, nos termos do qual o ensino religioso não teria custos para o erário público: "Mesmo que a LDB não o declarasse, não poderia haver ônus para os cofres públicos, por três motivos: a) haveria violação do art. 19 da CF que veda a subvenção a cultos religiosos e a igrejas; b) criaria um tratamento desigual do Estado com relação às diversas igrejas, porque a subvenção seria desproporcional à demanda. Como o professor seria pago por hora curricular de trabalho, um ou dois alunos de uma religião demandariam o mesmo gasto do Estado do que trinta ou quarenta de outra, já que a lei garante a confessionalidade e a opção dos alunos; c) finalmente, havendo disposição de pagamento pelo Estado, poder-se-ia chegar ao absurdo de o ensino religioso para dezenas de denominações diferenciadas com demanda na escola ser mais oneroso que o ensino de outras matérias com maior carga horária" (Parecer nº 5/1997, *DOU* 17.06.1997).

[1513] Em voto vencido no Tribunal Constitucional português, destacou o Cons. Vital Moreira que a Constituição do país não preveria "nenhum direito ao ensino religioso nas escolas públicas", de modo que "o Estado não tem nenhuma obrigação – mas apenas uma faculdade – de proporcionar o acesso das igrejas à escola pública". No caso, porém, ter-se-ia ido além: "se é inaceitável a ideia de o Estado estar constituído na obrigação de proporcionar às igrejas o acesso à escola pública, tenho por inconcebível a ideia de o Estado ter ainda por cima a obrigação de financiar tal ensino religioso. Aqui, entendo mesmo que é mais do que duvidoso que o Estado tenha sequer a faculdade de financiar, pois não vejo como é que um Estado não confessional pode financiar prestações religiosas, à custa da generalidade dos cidadãos, incluindo dos crentes de confissões diversas da que se aproveita do financiamento". De todo modo, "esse regime não seria, por esse motivo, inconstitucional se o Estado tivesse atribuído idênticas facilidades às demais igrejas. E também é certo que esse regime deixará de ser inconstitucional se e quando o Estado estender tal facilidade às restantes igrejas. Neste sentido pode dizer-se que a inconstitucionalidade só existe enquanto se mantiver o monopólio da Igreja Católica, pelo que, ao atribuir tais facilidades à Igreja Católica, o Estado se constituiu no dever de, desejando manter esse benefício, o estender às demais igrejas" (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão nº 432/87*, Declaração de Voto do Cons. Vital Moreira).

[1514] Na ADI 4.439, uma interpretação semelhante foi defendida na manifestação de Ação Educativa, Conectas, Ecos, CLADEM e Relatoria Nacional para o Direito Humano à Educação da Plataforma Brasileira de Direitos Humanos Econômicos, Sociais, Culturais e ambientais – Plataforma DHESCA Brasil, disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/Amicus_ADI_4439(1).pdf>. Acesso em: 24 dez. 2016. No mesmo sentido, v. MONTEIRO, Nilton de Freitas. Parâmetros constitucionais do ensino religioso nas escolas públicas, cit.: "Compete ao Estado facultar a utilização de um espaço, que poderá ou não ser ocupado pelas religiões. Ou seja: não compete ao Estado proporcionar o ensino religioso (fazendo currículos ou remunerando professores). Este espaço proporcionado pelo Estado, nas escolas públicas, será ocupado ou não pelas confissões religiosas. Se ele não for ocupado, por este ou aquele motivo, não cabe ao Poder Público desvestir-se de sua condição laica, sob o pretexto meritório de dar aulas de religião a quem manifestou interesse. Se fizesse isso, estaria interferindo ou, por via indireta, subvencionando, ferindo vários princípios constitucionais e atentando contra a liberdade religiosa". Essa interpretação se alinha ao disposto no art. 1º da Lei nº 9.982/2000, que versa sobre a prestação da assistência religiosa em hospitais e prisões: "Aos religiosos de todas as confissões assegura-se o acesso aos

exige o texto do § 1º (a cessão do uso da escola pública de ensino fundamental), reduzindo ao mínimo a restrição à laicidade, e todas as denominações são tratadas igualmente, atendendo à proibição de favorecimento[1515]. Para garantir a isonomia, qualquer conflito relativo, *e.g.*, à limitação de espaço, horário ou a outros bens e oportunidades limitadas, deve ser resolvido pela autoridade escolar segundo critérios *objetivos* e *imparciais* (*e.g.*, sorteio, antecedência do pedido etc.). Além disso, é preciso garantir o *caráter facultativo*[1516] do ensino religioso e *evitar a discriminação ou o estigma associado à não participação* de algum aluno (*e.g.*, assegurando que haja uma atividade produtiva a ser desenvolvida no horário correspondente, bem como que não haja menção, nos boletins e registros, à participação ou não do estudante nas aulas de religião).

Antes de concluir é necessário enfrentar uma crítica que se fez a essa proposta. Daniel Sarmento compara ao financiamento eleitoral privado a situação das confissões religiosas nas escolas públicas. Para ele, a tese acima, se admitida, "legitimaria que a escola pública – que deveria ser um espaço exemplar de afirmação da igualdade – fosse colonizada poder econômico e social das religiões majoritárias". Em sua avaliação, a proposta de interpretação exposta anteriormente seria

> profundamente desigualitária, em sua concepção e em seus previsíveis efeitos práticos. As confissões religiosas mais organizadas, com maior acesso a recursos financeiros – leia-se, as cristãs –, certamente manteriam o seu espaço cativo nas escolas públicas, em detrimento das demais, e das cosmovisões não religiosas, que não teriam nem de perto condições similares para fazê-lo. A solução preservaria um *status quo* de assimetria, e condenaria as escolas públicas a se converteram definitivamente em espaço de proselitismo confessional. E pior, desta vez por imposição do STF, que deveria ser um bastião de defesa das minorias vulneráveis e dos valores republicanos[1517].

---

hospitais da rede pública ou privada, bem como aos estabelecimentos prisionais civis ou militares, para dar atendimento religioso aos internados, desde que em comum acordo com estes, ou com seus familiares no caso de doentes que já não mais estejam no gozo de suas faculdades mentais".

[1515] Como afirma Jorge Miranda, embora não haja "contradição entre o ensino de religião e moral nas escolas públicas e a regra da não-confessionalidade do ensino público", isso somente será lícito não houver desigualdade no tratamento de "todas as confissões, assegurando-se o acesso de todas às escolas públicas" (MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, v. 7, n. 1, jan./jul. 2014, pp. 20 e 22. Disponível em: <https://goo.gl/sNKz6G>. Acesso em: 27 nov. 2016).

[1516] Isso é relevante porque a prática tem se distanciado do mandamento constitucional. Pesquisa recente demonstrou que, apesar do que prevê a Carta, em boa parte das escolas públicas brasileiras, o ensino religioso é obrigatório. São comuns, ainda, as situações de constrangimento por que passam alunos de religiões de matriz africana, frequentemente assediados por professores ou outros estudantes. V. NETO, Lauro. Fé imposta na sala de aula. *O Globo*, 24 mar. 2013, p. 3. Segundo a reportagem, a presença obrigatória ocorre em 49% (quarenta e nove por cento) das escolas que oferecem a disciplina.

[1517] SARMENTO, Daniel. Ensino religioso nas escolas públicas: a ADI 4.439 e a audiência pública do STF, cit.

A crítica, sem dúvida, é relevante e pertinente, mas equivocada. No âmbito eleitoral, a transformação automática de poder econômico em poder político deve ser refreada – não porque seja ruim que alguns tenham mais dinheiro que outros (embora isso, sem dúvida, suscite reflexões), mas porque isso transfere uma desigualdade da sociedade civil para a esfera política, onde – como visto acima – cada cidadão deve ser recebido em condições de igualdade. A ideia, assim, não é atacar as diferenças de fato (na sociedade civil), mas impedir que ela produza uma desigualdade na esfera política. A proposta do autor, ao que parece, é outra: usar a escola pública como forma de equalizar a *própria sociedade civil*, reduzindo o peso relativo de denominações mais fortes ou arraigadas para aumentar a competitividade das demais, de forma a que se amplie o catálogo de opções para os alunos.

A preocupação de Sarmento é compensar a fraqueza relativa de confissões menores ou menos tradicionais por meio de uma atuação corretiva do Estado. Contudo, a predominância de uma ou de algumas religiões não equivale a uma "falha de mercado", a ponto de justificar uma intervenção estatal na "livre iniciativa religiosa". Isso porque essa prevalência, por si só, não pode ser assimilada necessariamente a algo ruim – o fato de muitos seguirem uma crença não é algo a ser combatido pelo Estado. Esse raciocínio confunde a *laicidade do Estado* com a *secularização da sociedade*, tornando o Poder Público um agente transformador do cenário religioso, com o dever de minimizar o impacto das crenças dominantes – o que, por si só, contradiz o princípio da laicidade e a própria liberdade religiosa, ao exigir que o Estado fomente certas convicções em detrimento de outras. É em uma sociedade livre – e não por obra do Estado – que as pessoas devem ser expostas ao pluralismo religioso e, com base nisso, acolher a fé que entenderem adequada.

Como o próprio autor sugere, um paralelo mais preciso seria com a liberdade de expressão: é direito de todos ter acesso a um "mercado de ideias" aberto e plural, mas isso não tornaria lícito ao Estado silenciar ou limitar discursos somente porque são mais difundidos ou aceitos[1518]. Sem dúvida, quando o Estado se limita a abrir um espaço para discursos religiosos, as confissões mais poderosas terão mais condições de se valer dessa situação. Mas isso sempre

[1518] A consequência disso – polêmica, mas relevante – é que o Estado poderia promover discursos minoritários, como defende Owen Fiss no contexto da liberdade de expressão artística (FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão*, cit., p. 94-95). No entanto, a extensão dessa ideia para o plano religioso teria o efeito de admitir (ou estimular) que o Estado incentivasse crenças minoritárias a fim de que elas pudessem chegar ao público como um todo. Isso não seria aceitável. No caso específico das artes (e dos discursos em geral), há um fim público relevante que é a ampliação do debate, pela integração de outros pontos de vista – entende-se que a discussão pública sai empobrecida quando alguém é excluído. Mas a definição da crença não é um objeto para a deliberação coletiva e, por isso, a sociedade não está nem melhor nem pior pelo número de aderentes a certas religiões ou, muito menos, pelas dificuldades que eles possam ter de levar sua mensagem a outros.

ocorreu com a imprensa: grupos mais poderosos têm maiores chances de circular suas ideias. O remédio para esse problema não é que o Estado substitua o direito das pessoas de escolher os jornais que preferem ler por um *clipping* "não alinhado" das notícias trazidas por todos eles. O mesmo se aplica às religiões: a liberdade dos cidadãos não depende de uma igualdade artificial entre as opções disponíveis na sociedade, mas do direito de escolher, se e quando quiserem, pelo que considerarem melhor. Na garantia da liberdade religiosa (como do direito à informação), o papel do Estado não é fazer uma crítica corretiva da cultura para agregar mais pluralismo ou modificar as relações numéricas entre as confissões; seu dever é assegurar a abertura da sociedade civil para que as pessoas, por livre e espontânea decisão, decidam o que é adequado para si – o que inclui (ou não) o questionamento das posturas e crenças majoritárias, sua reforma ou mesmo a instituição de novas correntes.

Ao prover acesso livre a quem tenha interesse, a escola pública assume uma função análoga à de uma emissora de televisão ou uma plataforma de internet. Não cabe ao Poder Público pautar o espaço alocado às diversas opiniões na programação para que todas tenham iguais chances de convencer os espectadores ou internautas. Da mesma forma, tampouco lhe compete homogeneizar o debate religioso para que todas as orientações existentes tenham a mesma oportunidade de chegar aos alunos (supondo que isso fosse viável). Nesse sentido, o "mercado" religioso é mais protegido que qualquer outro: como o Estado não está em posição de julgar se os resultados dessa "concorrência" são satisfatórios, não lhe cabe corrigi-la para alterá-los[1519]. Não é papel do Estado *facilitar* o proselitismo, mas só permiti-lo e protegê-lo.

Dessa forma, a crítica erra o alvo e prova demais: ao tentar promover *mais* a laicidade, ela exige do Poder Público uma postura corretiva do cenário religioso – pelo menos como ele é apresentado às crianças – e, com isso, acaba ofendendo o próprio princípio da laicidade. Sem mencionar que ignora a relação entre o art. 210, § 1º, e o direito dos pais de dar aos seus filhos uma educação religiosa. O ideal de que o Estado seja universalmente representativo é rompido quando ele se lança em um projeto de reforma religiosa da sociedade. Para agir de forma imparcial nessa matéria, o único meio viável é abrir o espaço da escola a todas as denominações

[1519] McCONNELL, Michael W.; POSNER, Richard A. An economic approach to issues of religious freedom, cit., p. 14, destacando que uma abordagem da liberdade religiosa e da laicidade do Estado que tenha como referência o "livre mercado" tem a vantagem de expor como o Estado pode interferir no padrão de escolhas individuais. Assim, a Primeira Emenda à Constituição do EUA pode ser compreendida como uma afirmação de que "o 'mercado' – o reino da escolha individual – atingirá os 'melhores' resultados religiosos; ou, mais precisamente, que o governo não tem autoridade para alterar esses resultados". Embora o Estado possa, em alguma medida, incentivar ou desestimular alguns comportamentos, a "religião é uma exceção. O governo não é livre para buscar promovê-la ou desencorajá-la".

que mostrarem interesse. Fazer menos que isso é tornar letra morta o art. 210, § 1º, da Constituição; fazer mais, em qualquer sentido ou direção, é violar o princípio da laicidade.

7.3 **A liberdade religiosa das pessoas nos recintos públicos**

Acima se viu que o princípio da laicidade impõe uma diferenciação simbólica entre o Estado e as denominações religiosas, de modo que, como regra, símbolos associados à fé não podem adornar recintos públicos de repartições. Agora o que se deve destacar é que, em princípio, essa vedação não se estende à pessoa dos agentes públicos[1520], a quem não se pode proibir licitamente de adotar crenças e vivê-las[1521]. Assim como qualquer outro trabalhador, o sujeito não perde a liberdade religiosa ao ingressar no serviço público. Ao contrário, é até positivo que a Administração e os Poderes reflitam – na imagem e no conteúdo – o pluralismo existente na sociedade.

Naturalmente, não se admite que um funcionário público embase suas decisões em convicções religiosas[1522], mas inexiste razão que os impeça de usar símbolos religiosos, na sua roupa, no seu corpo ou mesmo nos seus gabinetes pessoais[1523]. Nessa linha, a Corte de Cassação

---

[1520] Como observa PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, cit., pp. 427-428, "a existência de uma relação de sujeição, por si só, não é suficiente para fundamentar restrições a direitos fundamentais, configurando-se apenas como um dos critérios a serem levados em conta na análise da legitimidade constitucional destas, e não como uma regra autônoma de solução de conflitos internormativos. As relações de sujeição especial só podem justificar restrições a direitos nas hipóteses tem que buscam promover bem ou valor constitucionalmente legítimo a elas relacionado".

[1521] SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado, cit., p. 197.

[1522] Situação inusitada envolveu o julgamento de um homicídio no Rio de Janeiro: o promotor de justiça teria dito que recusaria homens para "equilibrar" o Conselho de Sentença e, diante do sorteio da última jurada mulher, teria afirmado "Deus é bom". A questão chegou ao STJ em sede de *habeas corpus* e, ao STF, em recurso ordinário. Ambos os tribunais concluíram que não houve ilegalidade, tendo em vista que o comentário não teria o condão de influenciar ilegitimamente os trabalhos do júri (STF, *DJ* 11 out. 2016, RHC 126.884/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli; STJ, *DJ* 29 out. 2014, HC 222.216/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi – o voto vencedor foi proferido pela Min. Laurita Vaz).

[1523] Não se sustenta, assim, o "princípio de estrita neutralidade" defendido na França pelo Conselho de Estado e pelo relatório da célebre "Comissão Stasi", constituída pelo Presidente Jacques Chirac para discutir o princípio da laicidade. Segundo o Conselho, "[s]e os agentes do serviço de educação pública se beneficiam, como todos os demais agentes públicos, da liberdade de consciência que veda toda discriminação, tanto no acesso aos cargos como no desenvolvimento da carreira, que se baseie na sua religião, o princípio da laicidade impede que disponham, no quadro no serviço público, do direito de manifestar suas crenças religiosas. [...] Resulta do que se disse acima que o fato de um agente do serviço de educação pública manifestar no exercício de suas funções suas crenças religiosas, notadamente ao portar um símbolo destinado a destacar seu pertencimento a uma religião, constitui uma violação de suas obrigações" (C.E., 3 mai 2000, *Demoiselle Marteaux*, requête nº 217017). A "Comissão Stasi" apoiou essa orientação em seu relatório. V. FRANÇA. Commission de reflexion sur l'application du principe de laïcite dans la République. *Rapport au Président de la République:* remis le 11 décembre 2003, p.

francesa manteve a condenação de um prefeito que havia impedido uma conselheira municipal de usar a palavra apenas porque portava uma cruz[1524]. No Reino Unido, ficou notório o caso do primeiro Sikh nomeado como juiz da *High Court* que, seguindo os ditames de sua crença, exerce suas funções portando um turbante[1525].

Para muitos credos, o uso do símbolo é obrigatório, de modo que a extensão dessa proibição aos agentes públicos teria como efeito prático a criação de um impedimento ao exercício de cargos públicos – que devem estar abertos, em igualdade de condições, a todos com a necessária aptidão profissional. Por via transversa, seria criada uma discriminação no acesso ao serviço público, baseada exclusivamente na religião. Foi o que destacou o Tribunal Constitucional Federal alemão ao considerar ilícita a proibição de que uma professora do ensino público usasse o véu associado ao Islã[1526]. Apontou-se, ainda, que a laicidade, longe de exigir o banimento da religião do espaço da escola, seria promovida pela abertura às diversas correntes ideológicas e religiosas existentes[1527].

A permissão do uso de símbolos religiosos por agentes públicos se estende, ainda, aos gabinetes pessoais e áreas privativas das repartições, que constituem espaços mais protegidos pela privacidade, ainda que sob a administração estatal. Ademais, a "identificação muito mais direta e pessoal" entre esses lugares e os agentes que os ocupam – evidenciada, *e.g.*, por fotos de família e pertences pessoais – reduz a possibilidade de que se interprete o símbolo como uma adesão *do Estado* àquela crença[1528].

Com muito maior razão, o mesmo se aplica aos particulares em geral, mesmo quando se encontrem em bens ou repartições públicas, ou sejam beneficiários de prestações estatais

22. Disponível em: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000725.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2016. Curiosamente, a Corte Europeia de Direitos Humanos, que considerou lícita a proibição de que uma professora primária usasse o véu islâmico em aula em razão de um possível efeito de proselitismo (*Dahlab v. Switzerland* (dec.), no. 42393/98, 15 February 2001), decidiu não haver afronta à liberdade religiosa dos alunos pela presença de crucifixos nas salas de aula de escolas públicas italianas (*Lautsi and Others v. Italy* [GC], no. 30814/06, 18 March 2011). O foco da Corte foi recaiu na liberdade religiosa, e não na laicidade, mas convém fazer o registro para mostrar o aparente desnível entre o tratamento do cristianismo e de outras religiões.

[1524] Cass. (Ch. crim.), 1 septembre 2010, nº 10-80.584.

[1525] DYER, Claire. High court judge will be first to wear turban. *The Guardian*, 24 March 2003. Disponível em: <https://www.theguardian.com/uk/2003/mar/24/race.world>. Acesso em: 24 nov. 2016. O Juiz Sir Rabinder Singh foi nomeado como *Deputy High Court Judge* em 2003, assumindo o cargo de *High Court Judge* em 2011.

[1526] 2 BvR 1436/02, § 30.

[1527] *Ibid.*, § 44.

[1528] Para essa distinção entre espaços privativos e acessíveis, v. SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado, cit., p. 197.

(*e.g.*, alunos de escolas públicas)[1529]. A extrapolação da laicidade nesses casos ofende a liberdade religiosa e cria um prejuízo para essas pessoas apenas por adotarem certas crenças[1530]. Além de ter um impacto desproporcional sobre denominações como o Islã e o judaísmo – que, diferentemente do cristianismo, muitas vezes exigem o uso de símbolos bem visíveis –, essa medida tenderia à exclusão de comunidades inteiras das prestações estatais, impondo-lhes uma escolha entre sua fé e a plena inclusão como cidadãos.

Antes de encerrar o tópico, convém fazer algumas notas sobre a invocação da *objeção de consciência* por agentes públicos. Não há dúvida de que, em princípio, como pessoas naturais, eles não perdem o direito à objeção apenas por ingressarem no serviço público. No entanto, em comparação com a disciplina da matéria no campo privado, a laicidade impõe um cuidado adicional: o Estado não pode se identificar com nenhuma convicção ética a ponto de empregá-la como fundamento exclusivo de seus atos. Disso decorre que as pessoas cuja função seja emitir ou concretizar a "vontade do Estado", exercendo competências públicas em sentido estrito – *i.e.*, relativas à alteração do direito objetivo e à constituição, modificação e extinção de relações jurídicas –, não podem se valer da objeção de consciência para se eximir de exercer com imparcialidade os deveres de cargos que, diga-se, assumiram voluntariamente.

Nessa linha, Canotilho e Vital Moreira afirmam que a objeção não pode ser invocada por mandatários eleitos em relação às suas funções, tendo em vista não só "a responsabilidade democrático-republicana em que estão investidos", mas também que os mandatos em tela são "de candidatura livre"[1531]. O mesmo se pode dizer de um juiz de paz que, em nome do Estado e na aplicação do direito, se recuse a celebrar uma união entre pessoas do mesmo sexo porque

---

[1529] SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado, cit., pp. 194-195. Como apontam Rex Ahdar e Ian Leigh, essa postura "é bem análoga [...] a ver a religião como uma forma de contágio que não deve ser autorizada a poluir ou infectar o espaço da escola" (AHDAR, Rex; LEIGH, Ian. *Religious freedom in the liberal state*, cit., p. 261).

[1530] O caso francês novamente serve como exemplo do problema. Em 1989, o Conselho de Estado destacou que seria direito dos alunos o uso de símbolos religiosos – o que, por si mesmo, não violaria o princípio da laicidade, constituindo um exercício da liberdade de religião –, embora admitisse restrições (C.E., Avis, 27 novembre 1989, requête nº 346893). A "Comissão Stasi", por sua vez, afirmou textualmente que "[n]a escola, o porte de um símbolo religioso ostensivo – grande cruz, *kippa* ou véu – já é suficiente para perturbar a vida escolar" e propôs sua proibição pelo legislador (FRANÇA. Commission de reflexion sur l'application du principe de laïcite dans la République. *Rapport au Président de la République*, cit., p. 42). A medida foi acolhida pela Lei 2004-228 de 15 de março de 2004, que proibiu "o porte de símbolos ou roupas por meio das quais os alunos manifestem ostensivamente um pertencimento religioso". Nessa linha, um aluno Sikh foi expulso da escola por usar uma espécie de turbante. Ele levou seu caso ao Comitê de Direitos Humanos da ONU, que reconheceu a violação à sua liberdade religiosa. Para o Comitê, embora a promoção da laicidade seja, em si, uma finalidade relevante, a França não teria demonstrado como o simples uso da vestimenta colocaria em risco os direitos dos outros alunos ou a ordem na escola (Communication No. 1852/2008, *Bikramjit Singh v. France*, Views Adopted on 1 November 2012).

[1531] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, cit., v. 1, p. 616.

isso afrontaria a sua consciência. Como o Poder Público depende de indivíduos para executar suas decisões, admitir que seus agentes se recusem a fazê-lo é deixar o Estado inoperante ou, no mínimo, refém das convicções éticas de seus agentes, afrontando diretamente o princípio da impessoalidade e permitindo o desvirtuamento da política adotada no momento da sua execução. Se o agente está impossibilitado de cumprir seu dever legal, ele deve deixar suas funções ou sofrer as consequências do seu ato[1532] – que, em tese, servirão de estímulo à exoneração, sem prejuízo de se materializarem na sua demissão pura e simples.

Para Canotilho e Vital Moreira, os professores de escolas públicas também não podem alegar a objeção para se eximir de ensinar "teorias científicas intersubjetivamente aceites e comprovadas na comunidade científica", como a teoria da evolução[1533]. A lógica aqui é a mesma: a liberdade de cátedra tem como limite a uniformização do padrão curricular. O sistema público de ensino não pode ser apropriado pelos professores a ponto de recortar do conteúdo elementar o que eles mesmos não considerem pertinente ou correto. Não há como admitir que o currículo escolar definido pelos órgãos competentes varie tanto de sala de aula para sala de aula. Dessa forma, quem se recusar a atender ao currículo obrigatório pode ser legitimamente punido e, no limite, demitido pela Administração.

O que há de comum em todos esses casos é que o agente é o instrumento de que se serve o Estado para atuar: a celebração de um casamento civil depende do juiz de paz, assim como o ensino ocorre por meio do professor. Esses dois agentes presentam o Estado de uma forma bastante íntima e imediata quando agem: o *conteúdo* da sua expressão – a constituição da relação conjugal e a exposição dos alunos ao currículo obrigatório – é imputado ao Estado. Se o discurso é feito pelo Poder Público, que precisa de pessoas que o veiculem para ele, não há que se falar em afronta à liberdade individual de quem, na condição livremente assumida de agente público, se negue a fazê-lo[1534]. Notadamente quando esse discurso é *constitutivo* e, em si mesmo, altera a situação jurídica das pessoas, como no caso do casamento.

[1532] No Pará, um juiz de paz deixou o cargo depois de tomar conhecimento de decisão do CNJ que tornou obrigatório o registro de casamentos homoafetivos. Em sua avaliação, sendo inviável conciliar a ordem do Conselho com sua convicção ética, tornou-se necessária sua saída. V. SÓTER, Gil; MÜLLER, Ingo. Juiz de paz do Pará pede demissão para não celebrar casamento LGBT. *G1 Pará*, 20 maio 2013. Disponível em: <https://goo.gl/W984d>. Acesso em: 7 dez. 2016.

[1533] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*, cit., v. 1, p. 627.

[1534] Nessa linha, a Suprema Corte dos EUA considera inaplicável a liberdade de expressão em casos em que envolvem discursos do Estado (*government speech doctrine*). V., mais recentemente, *Pleasant Grove City v. Summum*, 555 U.S. 460 (2009). Na doutrina, defendendo a perfeita aplicação dessa doutrina à situação dos professores em escolas públicas, v. BOWMAN, Kristi L. The government speech doctrine and speech in schools. *Wake Forest Law Review*, v. 48, pp. 211-285, 2013, pp. 259-262.

É isso o que difere essa situação daquela de um médico da rede pública que se recuse a fazer um aborto: não há um conteúdo expressivo nesse ato, que remeta a recusa do médico a uma suposta identificação entre o Estado e uma orientação ética definida. Em princípio, então, o princípio da laicidade não serve de fundamento para negar ao médico o exercício do seu direito[1535].

7.4 **Assistência religiosa nas entidades de internação coletiva e nas Forças Armadas**

Nos termos do art. 5º, VII, da Constituição, "é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva". O dispositivo não determina *quem* deve prestar essa assistência, mas apenas que ela deverá estar disponível nos estabelecimentos indicados, que incluem prisões, hospitais e escolas internas, em favor dos seus *internos*[1536]. A ideia é simples: por se tratar de espaços de *internação* – *i.e.*, de lugares de onde as pessoas estão impedidas, de fato ou de direito, de sair –, o exercício de sua liberdade religiosa pode demandar que lhes seja concedido o contato com pessoas, habilitadas segundo sua religião, para lhes prestar assistência espiritual[1537].

Dessa forma, o art. 5º, VII, serve de base primariamente a um *direito de defesa*, que proíbe a todas as entidades civis (públicas ou privadas) e militares a vedação do acesso do pessoal religioso ao interno que o solicite. Seu dever principal, portanto, é de abstenção, embora

---

[1535] É preciso lembrar, contudo, o que prevê o Código de Ética Médica, Capítulo I (Princípios Fundamentais), item nº VII: "O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente".

[1536] SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*, cit., p. 97. No mesmo sentido, a Corte Constitucional colombiana afirmou que a obrigação da autoridade prisional de colaborar com os internos decorre da circunstância de que a liberdade religiosa "não tem um reconhecimento meramente formal, mas implica uma obrigação principalmente para as autoridades no sentido de fazer o possível para que seu exercício e seu desfrute seja efetivo e realmente factível; mais ainda em se tratando de autoridades carcerárias, em relação às quais os reclusos estão em situação de sujeição especial. Isto é, estando os acusados e condenados em situação de restrição a sua liberdade física e de subordinação, eles demandam em maior grau a cooperação das autoridades para tornar efetivos seus direitos fundamentais, neste caso o da liberdade religiosa".

[1537] A mesma interpretação foi dada pela Suprema Corte dos EUA à legislação que exige a acomodação da liberdade religiosa em estabelecimentos como presídios. V. *Cutter v. Wilkinson*, 544 U.S. 709 (2005). Na França, a Lei de 1905 que determinou a separação entre o Estado e as religiões admite, em seu art. 2º, que orçamento público contemple "despesas relativas aos serviços de capelania e destinadas a assegurar garantir o livre exercício das religiões" em estabelecimentos de ensino (*lycées*, *collèges*, *écoles*), casas de assistência (*hospices*, *asiles*) e prisões. O fato de haver um internato em um estabelecimento escolar público levou a que o Conselho de Estado considerasse lícita a autorização concedida pelo Ministro da Educação para a construção de um espaço de cultos no espaço da escola (C.E., 7 mars 1969, *Ville de Lille*).

lhe seja exigido que forneça condições mínimas para que a assistência religiosa ocorra (*e.g.*, privacidade, horários adequados etc.)[1538]. Em qualquer caso, é fundamental garantir a igualdade entre as denominações[1539]. Seja como for, o dispositivo não impõe ao Estado (ou mesmo aos estabelecimentos privados) a obrigação de contratar ou fornecer o pessoal religioso para essa assistência. Essa interpretação foi confirmada pela Lei nº 9.982/2000, que rege a matéria:

> Art. 1º. Aos religiosos de todas as confissões assegura-se o acesso aos hospitais da rede pública ou privada, bem como aos estabelecimentos prisionais civis ou militares, para dar atendimento religioso aos internados, desde que em comum acordo com estes, ou com seus familiares no caso de doentes que já não mais estejam no gozo de suas faculdades mentais.
>
> Parágrafo único. (VETADO)
>
> Art. 2º. Os religiosos chamados a prestar assistência nas entidades definidas no art. 1º deverão, em suas atividades, acatar as determinações legais e normas internas de cada instituição hospitalar ou penal, a fim de não pôr em risco as condições do paciente ou a segurança do ambiente hospitalar ou prisional.
>
> Art. 3º. (VETADO)
>
> Art. 4º. O Poder Executivo regulamentará esta Lei no prazo de noventa dias.
>
> Art. 5º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação[1540].

O mesmo se extrai da Carta de Direitos dos Usuários do Sistema Único de Sáude (SUS), que, em seu art. 4º, parágrafo único, XIV, garante aos pacientes "o recebimento de visita de religiosos de qualquer credo, sem que isso acarrete mudança da rotina de tratamento e do estabelecimento e ameaça à segurança ou perturbações a si ou aos outros"[1541]. No âmbito prisional, o tema é regulado pela Lei de Execução Penal[1542] e pela Resolução nº 8/2011, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNCPC). Nos termos desse último diploma, as entidades religiosas interessadas em oferecer assistência devem se cadastrar junto

---

[1538] Naturalmente, porém, é ilícita e dá ensejo à indenização dos envolvidos a denegação (ou a omissão na apreciação) do pedido de registro de ministros religiosos para atuar em penitenciárias, por se tratar de um impedimento efetivo à fruição da liberdade religiosa – ainda que o número de detentos que afirme a crença pertinente seja pequeno. Foi o que decidiu o Conselho de Estado francês, apreciando diversos recursos em conjunto (C.E., 16 octobre 2013, *Guarde des Sceaux c/ M.F. et autres*).

[1539] Ao examinar questão que envolvia uma igreja em particular, a Corte Constitucional da Colômbia declarou ser dever da autoridade penitenciária "destinar os espaços de tempo e lugar adequados para esse fim, em igualdade de circunstâncias com as demais confissões religiosas que tenham esse direito reconhecido do estabelecimento" (*Sentencia T-376/06*).

[1540] O Estatuto da Criança e do Adolescente considera uma obrigação das entidades que desenvolvem programas de internação "propiciar assistência religiosa àqueles que desejarem, de acordo com suas crenças" (art. 94, XII).

[1541] No Parecer CFM nº 43/15, elaborado pelo Cons. Henrique Batista e Silva, "há um reconhecimento ético da importância da dimensão espiritual e/ou religiosa do doente, de que este tem o direito de receber o cuidado necessário dessa dimensão e de que os profissionais têm o dever de ser os facilitadores no processo".

[1542] Lei nº 7.210/1984, art. 24: "A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa. § 1º. No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos. § 2º. Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa".

aos órgãos estaduais do sistema penitenciário (art. 8º)[1543]. Em todos os casos, porém, deve-se lembrar que – como qualquer outro – o direito à assistência religiosa não é absoluto; ele será exercido na extensão permitida pelas circunstâncias fáticas e jurídicas de cada caso (inclusive e especialmente considerando a boa condução das finalidades confiadas ao estabelecimento).

Situação mais complexa envolve a *capelania militar*. Seguindo tradição iniciada em 1934 e só interrompida no Estado Novo, a Constituição de 1969, previa que a assistência religiosa seria prestada não só nos estabelecimentos de internação coletiva, mas também "às Fôrças Armadas e auxiliares" (art. 153, § 7º)[1544]. Essa disposição não foi mantida na Carta de 1988, suscitando dúvidas sobre a recepção da Lei nº 6.923/1981, que "dispõe sobre o Serviço de Assistência Religiosa nas Forças Armadas".

O ponto se torna ainda mais delicado pelo seguinte: o legislador optou por criar, em cada Força, um *Quadro de Capelães Militares*, os quais, na ativa e na reserva remunerada, "terão a situação, as obrigações, os deveres, os direitos e as prerrogativas regulados pelo Estatuto dos Militares, no que couber" (art. 12). Os capelães militares assumem seus postos após aprovação em concurso e são remunerados pelo erário, sendo, contudo, "selecionados entre sacerdotes, ministros religiosos ou pastores" (art. 4º), devendo, ainda, "ter uso de formação teológica regular de nível universitário, reconhecido pela autoridade eclesiástica de sua religião", "possuir, pelo menos, 3 (três) anos de atividades pastorais" e "ter consentimento expresso da autoridade eclesiástica da respectiva religião" (art. 18, IV a VI), entre outras exigências. Caso a organização religiosa suspenda o exercício das atividades pelo capelão, ele deve ser agregado ao Quadro, ficando adido a uma organização militar para o desempenho de atividades não religiosas. Se a suspensão se converter em perda ou durar mais de dois anos, o capelão deve ser demitido *ex officio*, ingressando na reserva não remunerada (art. 14). De acordo com o Superior Tribunal Militar, é inviável a revisão, pela Administração ou pelo Poder

[1543] No entanto, aponta-se que "esse canal de aproximação entre Estado e religião desencadeia uma série de dificuldades e conflitos. A situação de calamidade humanitária dos presídios brasileiros dificulta a materialização garantia de acesso à assistência religiosa de forma equilibrada e igualitária. Por um lado, há relatos de restrição arbitrária ao acesso das autoridades religiosas aos presídios, que seriam motivadas pela resistência dos agentes penitenciários ao papel que desempenham na denúncia de violações aos direitos humanos, pelas dificuldades de se assegurar a segurança desses sacerdotes e, também, pela discriminação sistematicamente sofrida pelas religiões minoritárias. De outro lado, a fragilidade do controle estatal nas prisões faz com que a ocupação desses espaços por representantes das religiões hegemônicas represente um risco para a autonomia dos presos sem religião ou adeptos de religiões minoritárias" (REIS, Jane. A aplicação de regras religiosas de acordo com a lei do Estado, cit., p. 19).

[1544] Em rigor, a Carta de 1934 não previa a assistência às Forças Armadas, mas "nas expedições militares [...] e em outros estabelecimentos oficiais, sem ônus para os cofres públicos" (art. 113, nº 6).

Judiciário, da decisão tomada pelas autoridades eclesiásticas nessa matéria[1545].

A presença de capelães nas Forças Armadas é bastante comum e se justifica diante das circunstâncias particulares da vida militar – que, tal como os estabelecimentos de internação coletiva, podem impedir que os cidadãos exerçam sua liberdade religiosa (*e.g.*, afastando-os do país ou situando-os em lugares ermos ou em navios). O ponto foi enfrentado pela *U.S. Court of Appeals for the 2nd Circuit*, que corretamente destacou que a laicidade do Estado não existe de forma isolada, devendo ser compreendida no sistema da Constituição – que inclui também a competência do legislador de conformar as Forças Armadas e, principalmente, a liberdade religiosa dos militares. Como ressaltou a Corte, é verdade que, ao instituir o serviço de assistência religiosa, o Estado *promove a religião*; trata-se, porém, de um meio de *remover um obstáculo* que o próprio Poder Público criou para os sujeitos, que, no atendimento aos interesses militares do país, são enviados muitas vezes para lugares onde não têm contato com suas denominações[1546]. De um lado, portanto, há as peculiaridades das Forças Armadas – em especial, a preocupação com a hierarquia e a disciplina –, que conferem maior margem de atuação ao Legislativo; de outro, tem-se a necessidade de garantir a liberdade de culto de quem é convocado ou opta por servir ao País nas Forças militares[1547].

Orientação semelhante foi adotada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que registrou a conformidade da Lei nº 6.923/1981 com essa finalidade[1548], bem como a existência de fundamento constitucional específico para uma ampla discricionariedade do legislador nesta matéria[1549]. Como apontou a relatora, Juíza Federal Convocada Maria Cecília de Marco Rocha, em seu voto:

[1545] STM, *DJ* 17 dez. 2015, Conselho de Justificação 43-56.2014.7.00.0000/DF, Rel. Min. Alte. Esq. Alvaro Luiz Pinto, Rel. para o acórdão Min. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha.

[1546] *Katcoff v. Marsh*, 755 F.2d at 232-233 (2d Cir. 1985). Linha semelhante foi indicada por manifestações individuais de alguns Juízes da Suprema Corte – *e.g.*, *Abington School Dist. v. Schempp*, 374 U.S. 203 at 296-298 (1963) (Brennan, J., *concurring*); *Ibid.*, at 308-309 (Stewart, J., *dissenting*).

[1547] Não por acaso, mesmo na França – que adota uma linha mais radical de laicidade, tendente ao laicismo – as capelanias militares foram mantidas apesar da superveniência da célebre Lei de 1905 que determinou a separação entre o Estado e as religiões. V. DURAND-PRINBORGNE, Claude. *La laïcité*, cit., p. 96; GUGLIELMI, Gilles J. Prières et service public. *Droit et Culture*, v. 51, pp. 77-92, 2006. Disponível em: <http://droitcultures.revues.org/816#>. Acesso em: 3 dez. 2016.

[1548] Lei nº 6.923/1981, art. 3º: "O Serviço de Assistência Religiosa funcionará: I – em tempo de paz: nas unidades, navios, bases, hospitais e outras organizações militares em que, *pela localização ou situação especial*, seja recomendada a assistência religiosa; II – em tempo de guerra: junto às Forças em operações, e na forma prescrita no inciso anterior".

[1549] Trata-se do art. 142, § 3º, X, da Constituição, incluído pela EC nº 18/1998, que dispõe: "A lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e *outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades*, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra".

> Com efeito, em tempo de paz assegura-se assistência em organizações militares em que, pela localização ou situação especial – o que se toma por localização ou situação que dificulte ou impossibilite o acesso de religiosos, a exemplo de áreas de fronteira, áreas de florestas, atuação ou outros países etc. –, *o acesso do militar e de sua família ao local de culto por conta própria resta inviável.*
> *Nessas hipóteses, é compreensível que o Estado proporcione assistência e, mais ainda, arque com seus custos, tendo em mira que os militares estão a serviço do Estado em situações em que, por força do regime a que são submetidos, a assistência religiosa é inviável.*
> *Não se admite, entretanto, que a assistência tenha lugar quando o militar ou sua família possam ter acesso a ela, o que afrontaria a laicidade do Estado e poderia comprometer a liberdade de crença religiosa, pois o Estado findaria por subvencionar dados cultos religiosos, o que é vedado pelo art. 19, I, da Constituição, em detrimento de outras religiões.*
> De toda sorte, como não há elementos que minudenciem as situações e os locais em que a assistência religiosa é assegurada, o que poderia demonstrar que ela é ofertada de maneira genérica, a lei é compatível com a Constituição para os fins da presente ação, em que se requereu a declaração incidental da não recepção.
> [...]
> A assistência religiosa em tempos de guerra é absolutamente legítima, porque está diante de situação em que o militar, para defender o Estado, enfrenta dificuldades para professar sua fé[1550].

Esse raciocínio garante a validade em tese do instituto da capelania militar, mas também sugere a revisão de parte da disciplina existente. De plano, o escopo territorial das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares afasta totalmente, no plano estadual e distrital, qualquer argumento que, na esfera federal, torna admissível a figura dos capelães[1551]. Trata-se de uma limitação ao princípio da laicidade, imposta pela liberdade religiosa – se a atuação dos Policiais e Bombeiros Militares se limita ao território de uma específica unidade federativa, sem risco de afastamento de suas comunidades, não está presente a principal *ratio* que legitima a capelania militar[1552]. Como indicam os acórdãos brasileiro e norte-americano, mesmo quanto às Forças Armadas, esse raciocínio sugere a invalidade da presença dos capelães nos lugares, como grandes centros urbanos, onde os militares não têm dificuldade de procurar assistência junto às próprias entidades religiosas[1553].

[1550] TRF – 1ª Região, *DJ* 12 fev. 2016, Apelação Cível 0047405-03.2010.4.01.3400, Rel. Juíza Fed. Maria Cecília de Marco Rocha (trecho do voto da relatora; itálico acrescentado).

[1551] Note-se que, se Bombeiros e Policiais Militares forem chamados a atuar como "forças auxiliares e reserva do Exército" (CRFB, art. 144, § 6º), eles serão assistidos pelos capelães da referida Força Singular.

[1552] Nos Estados Unidos, ao cuidar de um contrato entre uma igreja e uma prefeitura para fornecimento de um capelão para polícia local, o Juiz MacMillan, da *U.S. District Court for the Western District of North Carolina*, destacou não haver indicação de que "os policiais sejam como os militares ou presidiários para os efeitos desta questão ou que estejam em piores condições que qualquer outro funcionário público ou privado de satisfazer suas necessidades espirituais" (*Voswinkel v. Charlotte*, 495 F. Supp. at 597 (W.D.N.C. 1980)).

[1553] Ira C. Lupu e Robert W. Tuttle afirmam que a *ratio* adotada em *Katcoff v. Marsh* seria insuficiente – para eles, a instituição da capelania militar teria, ainda, outros dois escopos: (i) os militares muitas vezes são inseridos em uma comunidade particular, que oferece elementos básicos como moradia, saúde e escolas próprias, sendo que o mesmo deve ocorrer com o aspecto religioso; e (ii) a vida militar tem peculiaridades, de modo que a assistência religiosa deve ser capaz de compreendê-las (LUPU, Ira C.; TUTTLE, Robert W. Instruments of accommodation: the military chaplaincy and the Constitution. *West Virginia Law Review*, v. 110, pp. 89-166, 2007, pp. 119-120).

No entanto, mesmo que se justifique a existência da capelania, é preciso investigar se seu regime precisa ser – como é no Brasil – tipicamente militar. Essa parece ser uma realidade latino-americana: em contraste com a Europa, onde predomina a capelania civil (*i.e.*, sem *status* militar)[1554], quase todos os países da América Latina conferem grau militar aos capelães – uma exceção é o Peru, onde isso é explicitamente *vedado* nos termos de um acordo com a Santa Sé[1555]. Nos Estados Unidos, o acórdão citado acima ponderou que dificilmente capelães civis aceitariam se submeter aos rigores da vida, da hierarquia e do treinamento militares e, quanto ao financiamento, que seria improvável que as próprias denominações o assumissem – sendo que a dúvida, nesses casos, levaria à preservação da decisão legislativa. No Brasil, em sentido oposto, Fábio Carvalho Leite afirma que "não há um argumento válido (salvo, é claro, a tradição) a sustentar um tratamento à assistência religiosa militar distinto daquele que é conferido aos demais estabelecimentos previstos na Lei 9.982/00" que, para ele, é "satisfatória ao que se propõe e que, longe de apresentar qualquer traço de inconstitucionalidade, parece justamente a que melhor concretiza o texto constitucional"[1556].

Embora não se devam tratar as Forças Armadas como ilhas de não-direito, excluídas de toda e qualquer juridicidade, parece razoável enxergar particularidades nas suas finalidades e na sua atuação que justifiquem a criação de um Quadro de Capelães Militares. Alguns desses elementos são: **(i)** a eventual inserção em comunidades próprias, fora do País (*e.g.*, bases estrangeiras, missões no exterior, navios) ou em áreas remotas ou pouco habitadas (*e.g.*, na Floresta Amazônica), que exige a imersão dos ministros religiosos na rotina militar; **(ii)** a necessidade de treinamento próprio para atuação em operações militares; **(iii)** a possibilidade de imediata mobilização impõe que o pessoal religioso esteja sempre à disposição das Forças Armadas para acompanhar suas atividades; **(iv)** a assistência religiosa aos militares não atende a um interesse exclusivo deles ou das suas denominações, mas, por abrir a carreira militar àqueles cujas crenças a exijam, eliminando um impedimento, promove a ampla acessibilidade a cargos públicos e a própria defesa nacional. Nada disso significa que a militarização da capelania seja a única ou mesmo a melhor solução, mas apenas que é razoável e, por isso, não

---

No entanto, o item (i) não se aplica aos militares dos Estados e o (ii) pode muito bem ser garantido pelo acesso dos ministros religiosos aos espaços militares (tal como se faz nos termos da Lei nº 9.982/2000).

[1554] Na França, eles são "militares que servem com base em contrato", e possuem o grau de "capelão militar, sem correspondência com a hierarquia militar geral" (*Décret n° 2008-1524* du 30 décembre 2008 relatif aux aumôniers militaires, art. 1º).

[1555] CRUZ ESQUIVEL, Juan. A marca católica na legislação argentina. O caso da assistência religiosa nas Forças Armadas. In: LOREA, Roberto Ariada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 120.

[1556] LEITE, Fábio Carvalho. *Estado e religião*, cit., p. 325.

se pode afirmar a inconstitucionalidade da opção legislativa em vigor. Em particular, essa política não funciona como *promoção* da religiosidade, mas como garantia da liberdade religiosa, sendo compatível, assim, com o princípio da laicidade.

Há, no entanto, um problema sério que decorre dessa medida: a limitação de recursos e de cargos públicos gera uma escassez e, com ela, o risco de não atender a todos os possíveis interessados. Por aplicação da proibição de favorecimento, é dever do Estado recorrer a critérios objetivos de decisão, mantendo a impessoalidade e se atendo à *ratio* que embasa a capelania. Em particular, o Poder Público está proibido de beneficiar um ou alguns credos, em detrimento de outros[1557]. É justamente porque as vagas de capelão militar são abertas a pessoas credenciadas por qualquer organização religiosa que Ira C. Lupu e Robert W. Tuttle avaliam como neutra (*i.e.*, imparcial) a regulação dos EUA sobre o tema[1558]. Além disso, os capelães são obrigados a atender às exigências não só dos que partilham da sua crença, mas também de outros militares (*e.g.*, fazendo contato com líderes religiosos ou leigos civis para que atendam suas demandas e dando apoio auxiliar a suas atividades religiosas)[1559].

No Brasil, a Lei nº 6.923/1981 admite capelães "pertencentes a qualquer religião que não atente contra a disciplina, a moral e as leis em vigor" (art. 4º). Cabe a cada Força atentar "para que, no posto inicial de Capelão Militar, seja mantida a devida proporcionalidade entre os Capelães das diversas regiões e as religiões professadas na respectiva Força" (art. 10). De acordo com o TRF da 1ª Região, no precedente citado acima[1560], é "induvidoso" que isso "faz com que as religiões professadas pela maioria dos integrantes das Forças Armadas sejam prestigiadas em cotejo com as religiões adotadas pelas minorias". O mesmo ocorre com a "exigência de que o candidato tenha formação teológica em nível universitário reconhecido pela autoridade eclesiástica de sua religião [...], pois é improvável que religiões de menor expressão numérica sejam objeto de curso superior". Mesmo assim, porém, se declarou válida a legislação pertinente. Na avaliação do Tribunal:

> A única maneira de não se prestigiar a religião da maioria em detrimento das minorias seria não oferecer assistência religiosa, o que poderia conflitar com o tratamento particular assegurado às

[1557] Nos EUA, a *U.S. District Court for the Western District of North Carolina* considerou inconstitucional um arranjo feito entre a Cidade de Charlotte e uma igreja batista específica para o fornecimento de um capelão para a polícia local. Entre outros vícios, entendeu-se que o contrato favoreceria uma denominação em comparação com as outras V. *Voswinkel v. Charlotte*, 495 F. Supp. 588 (W.D.N.C. 1980).

[1558] LUPU, Ira C.; TUTTLE, Robert W. Instruments of accommodation, cit., p. 125.

[1559] *Loc. cit.*

[1560] TRF – 1ª Região, *DJ* 12 fev. 2016, Apelação Cível 0047405-03.2010.4.01.3400, Rel. Juíza Fed. Maria Cecília de Marco Rocha (trecho do voto da relatora).

> Formas Armadas e implicar tratamento antisonômico [sic] entre brasileiros submetidos a situação de internação ou, seu equivalente para as Forças Armadas, isolamento.
> [...]
> Demonstrou, ainda, [a União] que o censo que amparou o edital do certame apurou "297 denominações religiosas diferentes, dentre as quais 18 incompatíveis com as denominações Cristãs" e que "algumas destas denominações religiosas possuem somente um seguidor declarado, ou possuem um número de seguidores muito reduzido nas diversas localidades do território nacional."
> Diante desse panorama, em que a assistência religiosa deve ser prestada a todos os militares do território nacional e em que a imensa maioria deles segue religiões de origem cristã, é razoável que se hajam escolhido tais religiões como foco principal da assistência religiosa, sem prejuízo de outras serem contempladas em certames posteriores.
> A prosperar a pretensão do autor e diante dos dados colhidos no censo, admitir-se-ia a contratação de preceptor religioso para apenas um militar ou para poucos militares dispersos no território nacional, o que não se coaduna com os princípios da isonomia e da economicidade e corre o risco de ser ineficaz.
> Conquanto desejável, a oferta de assistência religiosa a todas as denominações religiosas não é viável de ser ofertada pelo Estado.

Sem dúvida, a escassez de recursos é um fato inevitável, mas a prevalência da maioria, por si só, é algo questionável. O objetivo da lei – na leitura mais afinada à Constituição – é garantir que todos tenham acesso à assistência religiosa na medida do possível. A exigência de proporcionalidade deve ser compreendida à luz do imperativo de conceder a máxima efetividade à liberdade religiosa. A preocupação, portanto, não é com a "representatividade" numérica dos capelães, mas com a efetiva prestação da assistência. Dessa forma, o problema é muito menos de matemática que de justiça e racionalização dos trabalhos – se os católicos são servidos, de forma relativamente satisfatória, pelo número de capelães existentes, não faz sentido admitir mais católicos só porque o número de fiéis é grande; entre uma melhoria operacional para a Igreja Católica e a viabilização do mínimo de assistência a quem não tem nada, deve ser preferível a segunda opção. O mesmo se poderia dizer se os militares evangélicos estivessem à vontade com seus capelães, ainda que de denominações distintas das suas: não há por que pluralizar o conjunto de capelães evangélicos se as pessoas estão satisfeitas, quando outros credos não têm qualquer assistência. Por fim, pelo menos dois outros pontos devem ser considerados pelas autoridades militares nesta matéria: **(i)** a desnecessidade de capelães em áreas urbanas ou bem povoadas, onde os militares podem conseguir assistência por conta própria – o que pode gerar um melhor equilíbrio das necessidades de quem realmente precisa do apoio estatal; e **(ii)** a exigência de que os capelães existentes facilitem a vida das pessoas de outras crenças, na linha do que se faz nos EUA.

CONCLUSÃO

A tese pretende ter demonstrado o papel legítimo que as religiões podem assumir em um Estado democrático de Direito. Observou-se, de início, que as relações entre o poder político e as crenças nunca foram de pacífica convivência – salvo quando alinhados em nome de interesses comuns. A História mostra que, sempre que possível, as autoridades políticas e religiosas tentaram controlar umas às outras, por vezes com êxito, em detrimento de quem pensasse de forma diferente. A fragmentação territorial e a pluralização das sociedades fizeram com que se tornasse inviável, na prática, uma pretensão de supremacia total. Assim, acabou prevalecendo (no Ocidente) um arranjo em que o Estado, situado fora e acima dos debates sobre a verdade religiosa, se apresenta como árbitro de todos os conflitos sociais. Ciente de que a sua participação nas discussões doutrinárias enfraquecia sua pretensão de poder, ele optou por adotar a liberdade e a laicidade como regra, deixando de tomar partido nas contendas religiosas.

No entanto, é igualmente evidente que o discurso nem sempre é seguido como deveria: as preferências por uma religião ou outra acabam aparecendo, seja por força das tradições e do hábito, seja por decisão de quem ocupe o governo na ocasião. A naturalização do discurso de algumas confissões, especialmente quando comparada à desconfiança com os de outras, serve de aviso para que o intérprete reflita duas vezes sobre cada questão que se lhe apresenta, a fim de evitar a normalização do comum ou do majoritário – em detrimento do diferente e do minoritário. No Brasil, isso exige um cuidado particularmente intenso com a tendência a favorecer o cristianismo e a desconsiderar, em especial, as religiões afro-brasileiras.

A relevância da religião para o Estado envolve dois pontos. Em *primeiro* lugar, ela pode fornecer elementos para garantir a legitimidade social da ordem institucional vigente e, assim, para sua conservação. É nessa forma que, em um mundo secularizado, ela se choca com a doutrina da soberania. Afinal: ou bem as instituições são legitimadas pela religião, ou o discurso (secular) que as justifica concorre com as doutrinas religiosas pelo papel de universo simbólico dominante, abrindo espaço para conflitos. Em *segundo* lugar, as organizações religiosas exercem uma forma de poder, na medida em que interferem sobre o comportamento dos fiéis, ditando ou reprovando condutas. Como existem diversas outras fontes de poder (como o político e o econômico), surgem conflitos e, com eles, a necessidade de subordinar umas às outras ou, ao menos, encontrar um meio de coordená-las. Em geral, o que se observa nos contextos mais secularizados é a inegável supremacia do poder político combinada com uma ampla liberdade das confissões religiosas (restrita, porém, ao âmbito privado).

Apesar disso, a realidade mostra que perdeu quem apostou no fim das religiões. Não há dúvida de que o processo de secularização existe e é relevante, mas ele não impõe, como algo necessário, a perda de importância das crenças ou sua adaptação aos valores liberais. A secularização no nível macro é bastante evidente em todo o mundo ocidental e nas suas áreas de influência mais imediata, mas ela não gera automaticamente a secularização nos níveis micro e meso. Ao contrário, a queda da religião como universo simbólico dominante pode ter estimulado o fortalecimento das crenças no plano individual e a resistência das igrejas e demais organizações no plano interno. Além disso, a tradição ajuda a sustentar laços entre o Estado e a religião em sociedades que, no mais, são bem secularizadas. Consequentemente, ainda que a liberdade religiosa tenha alcançado um grau quase universal de afirmação (ao menos retórica), as relações entre o Estado e a religião continuam afetadas por diversos outros fatores – a depender da dinâmica de reforço e legitimação entre eles –, dando origem a uma série de modelos diferentes.

Nem mesmo o discurso científico – onde o embate com a religião se fez mais intenso e profícuo – sai ileso de uma reflexão mais aprofundada. Fruto de uma ideologia de exaltação da ciência por si mesma, o apego à racionalidade moderna como única fonte de conhecimento verdadeiro ruiu quando se reconheceu, *e.g.*, a impossibilidade de se separar o sujeito do objeto da investigação, a limitação gerada pela especialização e a influência de relações de poder no campo científico. Se o poder está presente tanto na religião como na ciência, pela autoridade que exclui discursos e fixa ortodoxias; se a preocupação é com a liberdade e o pluralismo; se a circulação livre de ideias e pensamentos é indispensável para que se possa sequer cogitar de uma busca pela verdade; em vez de eleger oráculos ou fontes absolutas, atribuindo aos demais um papel de inferioridade, o que se deve fazer é rigorosamente o inverso. É preciso desarmar todos os lados, cientistas e fiéis, e garantir que nenhum deles possa se apropriar do debate.

Apesar disso, a disputa entre a racionalidade e a religião produziu um estado de coisas, na política, em que o Estado resolveu em si, por meio da soberania, toda a complexidade da vida social. O pluralismo foi simplesmente negado por um conjunto de teorias que, a despeito das suas boas intenções, tentou substituir a inevitável divergência de opiniões pela submissão cega a uma autoridade. Como a religião era – e cotinua sendo – algo muito divisivo, o Estado se lançou acima das disputas teológicas e se afirmou como fonte última de todo o poder. Disso resultou não só a submissão das religiões, mas também e principalmente dos próprios indivíduos – a tal ponto que não se pode falar em verdadeira liberdade no paradigma da soberania.

A correção de rumos passa pela retomada da perspectiva *ex parte populi:* não há nada

na política senão pessoas – que mandam e obedecem e que, sendo dotadas de igual dignidade, devem umas às outras justificativas para o que fazem. Para ser justa, a ordem política deve ser imparcial, tratando a todos com igual respeito e consideração. Isso envolve dar a cada um o direito de autodefinir sua identidade e viver de acordo com ela, e exigir, das instituições, que se mantenham representativas diante de todos. Como as pessoas se relacionam com as outras em diferentes contextos, o tipo de argumentos que devem umas às outras varia conforme o caso: entre os membros de uma comunidade ética (*e.g.*, uma confissão religiosa), a justificativa remete aos valores compartilhados por eles; entre cidadãos, o que se espera é a invocação de critérios imparciais.

Essa exigência de imparcialidade se manifesta especialmente na Constituição que, sendo justa, deve viabilizar o autogoverno coletivo ao mesmo tempo em que permite que também os dissidentes continuem a se identificar com o Estado. A Carta deve incorporar as promessas que pessoas muito diferentes fazem umas às outras no sentido de se receberem como iguais na sua diferença e, assim, poderem agir em conjunto para a consecução de fins comuns. Isso inclui um compromisso com a garantia da autodeterminação pessoal nos termos mais generosos e com a laicidade das instituições estatais. Ninguém tem o direito de fazer do Poder Público uma extensão de si mesmo ou da comunidade a que pertença, mas todos devem ter assegurada a possibilidade de ser como considerarem mais apropriado e a certeza de que o Estado não pertence a ninguém em particular.

Tudo isso tem consequências relevantes para a dogmática da liberdade religiosa e da laicidade, que se destacaram acima no texto. Dentre os muitos pontos abordados, convém ressaltar: **(i)** a desnecessidade de um conceito jurídico de religião, já que a proteção da autodeterminação pessoal e a aplicação da laicidade exigem que situações análogas sejam tratadas da mesma forma que as religiões tradicionais; **(ii)** a importância da compreensão dos tratados internacionais de direitos humanos para a interpretação das disposições pertinentes na Constituição de 1988 (inclusive e especialmente no que se refere às restrições à liberdade religiosa); **(iii)** a distinção entre os modelos da imparcialidade, aplicável à atuação do Estado, e da tolerância, incidente sobre as relações privadas; e **(iv)** a repartição da laicidade em três exigências (diferenciação orgânica, proibição de identificação e proibição de favorecimento).

Depois de toda essa exposição, o que se pode extrair, em poucas palavras, é que a religião tem, sim, um espaço legítimo de atuação nas democracias constitucionais. Mais que isso, como expressão da diversidade humana e do pluralismo, ela se insere na própria base da legitimação do exercício do poder político, na medida em que a questão que coloca é nada menos que a razão para a obediência. Admitir a relevância da crença é reconhecer e respeitar,

no ser humano, a capacidade de autodefinição que se funda na sua dignidade.

REFERÊNCIAS

ABREU, J. Capistrano de. *Capítulos de história colonial:* 1500-1800. 7. ed. rev., anot. e pref. por José Honório Rodrigues. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1988 (Coleção Reconquista do Brasil. 2. série: v. 119).

ACKERMAN, Bruce. *Social justice in the liberal state*. New Haven: Yale University Press, 1980.

_____. *We the People*. v. 1 – Foundations. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

AID TO THE CHURCH IN NEED. *Religious freedom in the world 2014 – Executive Summary*, p. 6-7. Disponível em: <http://religion-freedom-report.org.uk/wp-content/uploads/2014/10/executive_summary.pdf>. Acesso em: 24 jul. 2016.

AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. *Homo sacer:* o poder soberano e a vida nua (I). 2. reimp. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

_____. *Opus Dei:* arqueologia do ofício (Homo sacer, II, 5). Tradução de Daniel Arruda Nascimento. São Paulo: Boitempo, 2013.

_____. *O Reino e a glória:* uma genealogia teológica da economia e do governo. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2011 (Homo Sacer, II, 2).

AHDAR, Rex; LEIGH, Ian. *Religious freedom in the liberal state*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.

ALBUQUERQUE, Manoel Maurício de. *Pequena história da formação social brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1981 (Biblioteca de História, v. 6).

ALEXY, Robert. *El concepto y la validez del derecho*. Barcelona: Gedisa, 2008.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Francisco Edson. Padre cede paróquia para evangélicos e cria polêmica. *O Dia*, 24 nov. 2015. Disponível em: <http://odia.ig.com.br/noticia/brasil/2015-11-24/padre-cede-paroquia-para-evangelicos-e-cria-polemica.html>. Acesso em: 24 jul. 2016.

AMIEN, Waheeda; LEAT, Annie, Dhammameghā. Legislating religious freedom: an example of muslim marriages in South Africa, *Maryland Journal of International Law*, v. 9, n. 1, pp. 505-547, 2014, p. 536.

AMMERMAN, Nancy T. Finding religion in everyday life. *Sociology of Religion*, v. 75, n. 2,

pp. 189-207, 2014.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976.* Coimbra: Almedina, 1998.

AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. The interdependence of religion, secularism, and human rights prospects for islamic societies. *Common Knowledge*, v. 11, n. 1, pp. 56-80, 2005.

ANTUNES, Claudia; ANGELO, Claudio. Brasil cede à pressão do Vaticano e muda texto final da Rio+20. *Folha de São Paulo*, 19 jun. 2012. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ambiente/1106903-brasil-cede-a-pressao-do-vaticano-e-muda-texto-final-da-rio20.shtml>. Acesso em: 2 jul. 2012.

ARENDT, Hannah. *A condição humana.* 11. ed. rev. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. Da violência. In: *Crises da república*. 3. ed. José Volkmann. São Paulo: Perspectiva, 2013 (Debates; 85 / dirigida por J. Guinsburg).

_____. Religião e política. In: *A dignidade da política:* ensaios e conferências. Org., intr. e rev. técnica, Antonio Abranches. Tradução de Helena Martins e outros. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2006.

_____. *Origens do totalitarismo:* antissemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

_____. *Sobre a revolução.* Tradução de Denise Bottmann. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. *Verdade e política*. Tradução de Manuel Alberto. Lisboa: Relógio d'água, 1995.

ARLETTAZ, Fernando. La libertad religiosa en el sistema interamericano de derechos humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 1, n. 1, p. 39-58, 2011.

_____. Libertad religiosa y objeción de conciencia en el derecho constitucional argentino. *Estudios Constitucionales*, v. 10, n. 1, pp. 339-372, 2012.

ARMSTRONG, Karen. *Uma história de Deus:* quatro milênios de busca do judaísmo, cristianismo e islamismo. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

ASÍS ROIG, Rafael. Las tres conciencias. In: PECES-BARBA, Gregorio (Ed.). *Ley y conciencia:* moral legalizada y moral crítica en la aplicación derecho. Boletín Oficial del Estado, 1993 (Monografías Universidad Carlos III).

ASSIS, Angelo Adriano Faria de. Inquisição, religiosidade e transformações culturais: a sinagoga das mulheres e a sobrevivência do judaísmo feminino no Brasil colonial — Nordeste, séculos XVI-XVII. *Revista Brasileira de História*, v. 22, n. 43, pp. 47-66, 2002.

ASSUNÇÃO, Paulo de. *Negócios jesuíticos:* o cotidiano da administração dos bens divinos.

São Paulo: Universidade de São Paulo, 2004.

ASSY, Bethania. *Ética, responsabilidade e juízo em Hannah Arendt*. São Paulo: Perspectiva; Instituto Norberto Bobbio, 2015.

AUSTIN, Regina. "A nation of thieves": securing black people's right to shop and to sell in white America. *Utah Law Review*, pp. 147-177, 1994.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios:* da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução de José Manual M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BADILLA POBLETE, Elvira. El concepto de libertad religiosa en algunos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que vinculan jurídicamente al Estado de Chile. *Revista Chilena de Derecho*, v. 35, n. 2, pp. 341-364, 2008.

BAINTON, Roland H. *Christianity*. [Boston]: Houghton Mifflin Harcourt, 2000.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:* o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____ et al. As relações entre religião e Estado. Notas sobre as experiências norte-americana e brasileira. *RFD – Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v.1, n. 19, pp. 11-17, jun./dez 2011.

_____. *Direito constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa:* direito a justificativa, 2016. Tese (Concurso público para provimento do cargo de Professor Titular de Direito Constitucional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

_____. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:* a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, v. 5, ns. 17-18, pp. 507-542, jan./jun. 2010.

_____. *Post-scriptum* – Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política do Brasil contemporâneo. In: *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro:* exposição

sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Razoabilidade e isonomia no direito brasileiro. In: *Temas de Direito Constitucional*. t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Regime jurídico da Petrobras, delegação legislativa e poder regulamentar: validade constitucional do procedimento licitatório simplificado instituído pelo Decreto nº 2.745/98. In: *Temas de Direito Constitucional*. t. IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. Responsabilidade internacional de Estado-membro da Federação. Eficácia jurídica das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA. Possibilidade e meios de seu cumprimento pelo Estado do Rio de Janeiro (Parecer nº 01/2008 – LRB). *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, v. 65, p. 269-291, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade:* a busca por segurança no mundo atual. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

_____. *Em busca da política*. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

_____. *Identidade*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BEARD, Mary; NORTH, John; PRICE, Simon. *Religions of Rome*. vol. 1: A history. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

BERGER, Peter L. *O dossel sagrado:* elementos para uma teoria sociológica da religião. Tradução de José Carlos Barcellos. São Paulo: Paulus, 1985 [9. reimp. 2013].

_____. The desecularization of the world: a global overview. In: BERGER, Peter L. (Ed.). *The desecularization of the world:* resurgent religion and world politics. Grand Rapids: William B. Eerdmans, 1999.

_____; LUCKMANN, Thomas. *A construção social da realidade*. 36. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

BERLIN, Isaiah. *Political ideas in the Romantic Age:* their rise and influence on modern thought. Edited by Henry Hardy. Princeton: Princeton University Press, 2006.

BERTA, Ruben. Prefeitura apura por que aluno com guia de candomblé foi barrado por diretora. *O Globo*, 2 set. 2014. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/prefeitura-apura-por-que-aluno-com-guia-de-candomble-foi-barrado-por-diretora-13811050>. Acesso em: 24 jul. 2016.

_____; CANDIDA, Simone. 'Habemus' aula: alunos de 80 escolas municipais terão disciplinas de 4 religiões a partir do 2º semestre. *O Globo*, Rio de Janeiro, 23 jun. 2012. Rio, p. 16.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo:* direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINGHAM, Tom. *The rule of law*. London: Penguin, 2011.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. *Derecho Constitucional*. Tradução de Pablo Lucas Verdú. Madrid: Tecnos, 1973.

BLANCARTE, Roberto. O porquê de um Estado laico. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BLEI, Karel. *Freedom of religion:* Europe's history. Assen: Van Gorcun, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova ed. 8. tir. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Estado, governo, sociedade:* para uma teroia geral da política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007 (Coleção Pensamento Crítico, v. 69).

_____. *Liberalismo e democracia*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2007.

_____. *Teoria geral da política:* a Filosofia Política e as lições dos clássicos. Org. Michelangelo Bovero. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

BOBINEAU, Olivier; TANK-STORPER, Sébastien. *Sociologia das religiões*. São Paulo: Loyola, 2011.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. rev. Tradução de Fernano Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru: Edipro, 2003.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BODIN, Jean. *Los seis libros de la república*. 3. ed. Selección, traducción y estudio preliminar de Pedro Bravo Gala. Madrid: Tecnos, 1997.

BOHMAN, James. Public reason and cultural pluralism: political liberalism and the problem of moral conflict. *Political Theory*, v. 23, n. 2, pp. 253-279, May 1995.

BOMENY, Helena M. B. Três decretos e um ministério: a propósito da educação no Estado Novo. In: PANDOLFI, Dulce (Org.). *Repensando o Estado Novo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____; AMARAL, Roberto (Orgs.). *Textos políticos da História do Brasil*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2002.

BOUDON, Raymond. *A ideologia:* ou a origem das idéias recebidas. Tradução de Emir Sader. São Paulo: Ática, 1989.

BOURDIEU, Pierre. *Os usos sociais da ciência:* por uma sociologia clínica do campo científico. Tradução de Denice Barbara Catani. São Paulo: UNESP, 2004.

BOVERO, Michelangelo. *Contra o governo dos piores:* uma gramática da democracia. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Rio de Janeiro: Campus, 2002

BOWMAN, Kristi L. The government speech doctrine and speech in schools. *Wake Forest Law Review*, v. 48, pp. 211-285, 2013.

BRASIL. Assembleia Constituinte (1823). Projeto de Constituição para o Império do Brasil (Anexo). In: MARTINS, Eduardo. A Assembléia Constituinte de 1823 e sua posição em relação à construção da cidadania no Brasil. 2008. 201 f. Tese (Doutorado em História) – Faculdade de Ciências e Letras de Assis, Universidade Estadual Paulista, Assis. 2008.

_____. Câmara dos Deputados. *A construção do artigo 5º da Constituição de 1988*. Brasília: Edições Câmara, 2013.

_____. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Parecer (Projeto de Lei nº 2685 de 2008). Relator: Deputado Federal Carlos Willian. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=610003&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+2865/2008>. Acesso em: 3 set. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Redação. Parecer (Substitutivo ao Projeto de Lei nº 634, de 2003). Relator: Dep. Fed. João Alfredo. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposic oesWeb/pro_mostrarintegra?codteor=177347&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PL+634/2003> Acesso em: 16 set. 2016.

_____. Comissão de Educação e Cultura. Parecer (Projeto de Lei nº 2685 de 2008). Relator: Deputado Federal Professor Sétimo. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=574193&filename=PRL+1+CE+%3D%3E+PL+2865/2008>. Acesso em: 3 set. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 2685-C de 2008 (Redação Final). Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=625581&filename=Tramitacao-PL+2865/2008>. Acesso em: 3 set. 2016.

_____. Senado Federal. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Parecer (Projeto de Lei da Câmara nº 16, de 2009). Relator: Sen. Marcelo Crivella. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=94091&c=RTF&tp=1> Acesso em: 3 set. 2016;

_____. Senado Federal. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Parecer (Projeto de Lei da Câmara nº 16, de 2009). Relator: Sen. Eduardo Lopes. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=144275&c=PDF&tp=1> Acesso em: 3 set. 2016.

_____. Senado Federal. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Parecer (Projeto de

Lei da Câmara nº 88, de 2003). Relator: Sen. Magno Malta. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios /BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=10/12/2003&paginaDireta=40461> Acesso em: 16 set. 2016.

_____. Senado Federal. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Parecer (Projeto de Lei da Câmara nº 16, de 2009). Relator: Sen. Marcelo Crivella. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getTexto.asp?t=149143&c=PDF&tp=1> Acesso em: 3 set. 2016).

BRITTO, Carlos Ayres. Distinção entre "controle social do poder" e "participação popular". *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 2, pp. 82-88, 1993.

_____. Quem governa quem governa?, *Zero Hora* 10 mar. 2013. Disponível em: <http://wp.clicrbs.com.br/opiniaozh/2013/03/10/artigo-quem-governa-quem-governa/>. Acesso em: 14 dez. 2016

_____. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense: 2003.

_____. *O humanismo como categoria constitucional*. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 6th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003.

BRUGGER, Winfried. On the relationship between structural norms and constitutional rights in church-state relations. In: BRUGGER, Winfried; KARAYANNI (Eds.). *Religion in the public sphere:* a comparative analysis of German, Israeli, American and International Law. Berlin: Springer, 2007 (Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht – Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht).

BURDEAU, Georges. *O Estado*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CACERES, Gabrielle. Reasonable accommodation as a tool to manage religiouse diversity in the workplace: what about the "transposability" of an American concept into the French secular context? In: ALIDADI, Katayoun; FOBLETS, Marie-Claire; VRIELINK, Jogchum (Eds.). *A test of faith?* Religious diversity and accommodation in the European workplace. London: Routledge, 2016.

CALIXTUS III. The bull *Inter coetera* . March 13, 1456. In: DAVENPORT, Frances Gardiner (Ed.). *European treatis bearing on the history of the United States and its dependencies to 1648*. Clark: The Lawbook Exchange, 2004 [Washington, D.C.: Carnegie Institution of Washington, 1917-1937].

CALVIN, John. Institutes of the Christian religion. Disponível em: <http://www.reformed.org/master/index.html?mainframe=/books/inst itutes/>. Acesso em: 2 jun. 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra:

Almedina, 2011.

_____; MACHADO, Jónatas E. M. *"Reality shows" e liberdade de programação*. Coimbra: Coimbra, 2003

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. rev. v. I. Coimbra: Coimbra, 2007.

CARRÉ DE MALBERG, R *Teoría general del Estado*. 2. ed. 2. reimp. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica; Facultad de Derecho/UNAM, 2001.

CASANOVA, José. A globalização do Catolicismo e o retorno a uma Igreja Universal, *REVER: Revista de Estudos da Religião*, São Paulo, v. 10, n. 4, pp. 17-45, out./dez. 2010.

CASTORIADIS, Cornelius. *Democracia y relativismo:* debate con el MAUSS. Tradução de Margarita Díaz. Madrid: Trotta, 2007.

CATROGA, Fernando. *Entre deuses e césares:* secularização, laicidade e religião civil. Coimbra: Almedina, 2006.

CERVANTES G., Luis Fco. Los principios generales sobre la libertad religiosa en la jurisprudencia de los sistemas europeo, interamericano y costarricense de protección de los derechos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, v. 5, n. 5, pp. 123-143, 2004.

CHÂTELET, François; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. *História das idéias políticas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

CHAUÍ, Marilena. *Política em Espinosa*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

CHAVES, Mark. Secularization as declining religious authority. *Social forces*, v. 72, n. 3, pp. 749-774, March 1994.

CHEMERINSKY, Erwin; GOODWIN, Michele. Religion is not a basis for harming others: review essay of Paul A. Offit's *Bad faith: when religious belief undermines modern medicine*. *The Georgetown Law Journal*, v. 104, pp. 1111-1136, 2016.

CHOPER, Jesse H. Defining "religion" in the First Amendment. *University of Illinois Law Review*, n. 3, pp. 579-613, 1982.

CIARALLO, Gilson. O tema da liberdade religiosa na política brasileira do século XIX: uma via para a compreensão da secularização da esfera política. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 19, n. 38, pp. 85-99, fev. 2011.

CÍCERO, M. Túlio. *Das leis*. Trad., introd. e notas Otávio T. de Brito. São Paulo: Cultrix, 1967.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo*. 3. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo, RT, 2011

_____. Direito constitucional, novos paradigmas, constituição global e processos de integração. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coords.). *Constituição e democracia:* estudos em homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros; Faculdade Christus, 2006.

CNBB afirma que golpe de 1964 foi um "erro histórico". *Folha de S. Paulo* 3 abr. 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/04/1435249-cnbb-diz-que-golpe-de-1964-foi-erro-historico.shtml>. Acesso em: 3 abr. 2016.

COMISSÃO DE COMBATE À INTOLERÂNCIA RELIGIOSA. *Quem somos?* Disponível em: <http://ccir.org.br/quem-somos/>. Acesso em: 24 jul. 2016.

CONDÄ, H. Victor. *A handbook of international human rights terminology*. 2nd ed. Lincoln: University of Nebraska, 2004.

CONHEÇA a história dos Mártires de Cunhaú e Uruaçu, no RN. *G1*, 2 out. 2013. Disponível em: <https://goo.gl/P1DpLm>. Acesso em: 26 nov. 2016.

CONLIN, Joseph R. *The American past:* a survey of American history. 9th ed. Boston: Wadsworth, 2012.

CONSTANT, Benjamin. *Escritos de política*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CONSTITUTIONAL law – First Amendment – New Mexico Supreme Court holds that application of public accommodations law to wedding photography company does not violate First Amendment speech protections. — *Elane Photography, LLC v. Willock*, 309 P.3d 53 (N.M. 2013). *Harvard Law Review*, v. 127, pp. 1485-1492, 2014.

CORREIA, Adriano. *Hannah Arendt e a modernidade:* política, economia e a disputa por uma fronteira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

CORREIA, Larissa. Celebrado nesta terça-feira (08), Dia da Justiça é feriado forense. TRT – 6ª Região, 4 dez. 2015. Disponível em: <https://goo.gl/atMswI>. Acesso em: 25 nov. 2016.

CORRIGAN, Patrick *et al.* Religion and spirituality in the lives of people with serious mental illness. *Community Mental Health Journal*, v. 39, n. 6, pp. 487-499, December 2003.

CORTINA, Adela. *Cidadãos do mundo:* para uma teoria da cidadania. Tradução de Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Loyola, 2005.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga:* estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. São Paulo: HEMUS, 1975.

COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN UNION. *Press release no. 180/14* (Luxembourg, 18 December 2014). Disponível em: <https://goo.gl/BAlVjt>. Acesso em: 14 dez. 2016.

COUTINHO, Mateus. Justiça manda R.R. Soares entregar passaporte diplomático. *Estadão*, 7 jul. 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/justica-manda-

r-r-soares-entregar-passaporte-diplomatico/>. Acesso em: 24 jul. 2016.

CROSS, Frank B. *Constitutions and religious freedom*. New York: Cambridge University Press, 2015.

CRUZ ESQUIVEL, Juan. A marca católica na legislação argentina. O caso da assistência religiosa nas Forças Armadas. In: LOREA, Roberto Ariada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos.* Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. (Biblioteca jurídica WMF).

D'ALIMONTE, Roberto. Decisões coletivas, teoria das. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política.* 3. ed. Tradução de Carmen C. Varrialle et al.Brasília: UnB; Linha Gráfica Editora, 1991.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DAMASCENO, Natanael. Assembleia também de Deus. *O Globo*, 28 mar. 2013.

DHAVAN, Rajeev. Religious freedom in India. *The American Journl of Comparative Law*, v. 35, pp. 209-254, 1987.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DERRIDA, Jacques. *Força de lei:* o "fundamento místico da autoridade". Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

DINIZ, Debora. Laicidade e ensino religioso nas escolas públicas: o caso do Rio de Janeiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n. 84, pp. 412-413, maio/jun. 2010.

_____. Objeção de consciência e aborto: direitos e deveres dos médicos na saúde pública. *Revista de Saúde Pública*, v. 45, n. 5, pp. 981-985, out. 2011.

DOBBELAERE, Karel. Towards an integrated perspective of the processes related to the descriptive concept of secularization. *Sociology of religion*, v. 60, n. 3, pp. 229-247, 1999.

DOE, Norman. *Law and religion in Europe:* a comparative introduction. Oxford: Oxford University Press, 2011.

DOTTI, René Ariel. Liberdades de opinião e de crítica – O espiritismo como filosofia e ciência. *Revista dos Tribunais*, n. 100, v. 907, pp. 175-232, maio 2011.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DULITZY, Ariel E. An Inter-American constitutional court? The invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International*

Law Journal, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015.

DURAND-PRINBORGNE, Claude. *La laïcité*. 2e ed. Paris: Dalloz, 2004.

DURHAM JR., W. Cole. Legal status of religious organizations: a comparative overview. *The Review of Faith & International Affairs*, v. 8, n. 2, pp. 3-14, Summer 2010.

DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho:* justiça e valor. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

_____. Equality, democracy, and Constitution: We the People in Court. *Alberta Law Review*, v. 28, n. 2, 1990.

_____. *Is democracy possible here?* Principles for a new political debate. Princeton: Princeton University Press; Oxford: Oxford University Press, 2006.

_____. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard Universtiy Press, 2006.

_____. Law as interpretation. *Critical Inquiry*, v. 9, n. 1 – The Politics of Interpretation, pp. 179-200, *September* 1982.

_____. *Religion without God*. Cambridge: Harvard University Press, 2013 (Kindle Edition).

DYER, Claire. High court judge will be first to wear turban. *The Guardian*, 24 March 2003. Disponível em: <https://www.theguardian.com/uk/2003/mar/24/race.world>. Acesso em: 24 nov. 2016.

EAGLETON, Terry. *A morte de Deus na cultura.* Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2016.

EDITORIAL: Jewish-Muslim bonds deepening. *The Jewish Week*, 11 dez. 2013. Disponível em: <http://www.thejewishweek.com/editorial-opinion/editorial/jewish-muslim-bonds-deepening>. Acesso em: 24 jul. 2016.

ELLMAN, Ira Mark. Driven from the tribunal: judicial resolution of internal church disputes. *California Law Review*, v. 69, n. 5, pp. 1378-1444, September 1981, p. 1405.

ELSTER, Jon. *Ulysses unbound:* studies in rationality, precommitment, and constraints. Cambridge; New York: Cambridge University Press, 2000.

ESTADOS UNIDOS. Central Intellingece Agency. *The world factbook*. Disponível em: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/xx.html>. Acesso em: 30 jun. 2012.

_____. *Declaration of Independence* (1776). Disponível em: <https://goo.gl/34ZeO8>. Acesso em: 30 dez. 2016.

_____. Department of state. *International religious freedom report 2014: Andorra*. Disponível em: <http://www.state.gov/j/drl/rls/irf/religiousfreedom/index.htm#wrapper>. Acesso em: 24 jul. 2016.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. Research Division/Division de la Recherche. *Overview of the Court's case-law on freedom of religion*. 19 January 2011 (updated on 31 October 2013). Disponível em: <http://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_religion_ENG.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2016.

EVANS, Carolyn. Religious education in public schools: an international human rights perspective. *Human Rights Law Review*, v. 8, n. 3, pp. 449-473, 2008.

_____; THOMAS, Christopher A. Church-State relations in the ECHR. *Brigham Young University Law Review*, v. 2006, n. 3, pp. 699-726, 2006.

FALBEL, Nachman. *Judeus no Brasil:* estudos e notas. São Paulo: Humanitas; Edusp, 2008.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder:* formação do patronato político brasileiro. 3. ed. rev. 10. reimp. São Paulo: Globo, 2001.

FARBER, Daniel A. *The First Amendment*. 3rd ed. New York: Foundation Press, 2010.

FERRARI, Silvio. Cesaropapismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 3. ed. v. 1. Brasília: Universidade de Brasília; Linha Gráfica Editora, 1991.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. O ensino religioso nas escolas públicas: exegese do § 1º do art. 210 da CF de 05.10.1988. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 20, pp. 19-47, 1997.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 88, pp. 439-459, 1993.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *O poder constituinte*. 4. ed. rev., atual. e ampl. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FERRY, Luc. [Face ao totalitarismo.] In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Olivier (Dir.). *Democracia*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2001.

FISS, Owen. *A ironia da liberdade de expressão:* Estado, regulação e diversidade na esfera pública. Tradução de e Pref. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Objectivity and interpretation. *Stanford Law Review*, v. 34, pp. 739-763, April 1981.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. La libertad religiosa en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. In: LA LIBERTAD religiosa: memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico: México, D.F.: UNAM, 1996.

FLECK, Isabel. Após Brasil atender Vaticano, mulheres protestam por ‘direitos reprodutivos’. *Folha de São Paulo*, 20 jun. 2012. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ambiente/1107417-apos-brasil-atender-vaticano-mulheres-protestam-por-direitos-reprodutivos.shtml>. Acesso em: 2 jul. 2012.

FONSECA, Alexandre Brasil. *Relações e privilégios:* Estado, secularização e pluralismo religioso no Brasil. Rio de Janeiro: Novos Diálogos, 2011.

FORST, Rainer. *Contextos da justiça:* filosofia política para além de liberalismo e comunitarismo. Tradução de Denilson Luís Werle. São Paulo: Boitempo, 2010.

FOX, Jonathan. *Political secularism, religion, and the state:* a time series analysis of worldwide data. New York: Cambridge University Press, 2015.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso:* aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. Tradução de Laura Fraga de Almeida Sampaio. 20. ed. São Paulo: Loyola, 2010.

FRANÇA. Commission Nationale Consultative des Droits de l’Homme. *Avis sur la laïcité*, 26 septembre 2013. Disponível em: <http://www.cncdh.fr/sites/default/files/avis_laicite-ap-26_09_2013_0.pdf>. Acesso em: 25 set. 2016.

_____. Commission de reflexion sur l’application du principe de laïcite dans la République. *Rapport au Président de la République:* remis le 11 décembre 2003, p. 22. Disponível em: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/034000725.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2016.

FRASER, Nancy. Reconhecimento sem ética? *Lua Nova*, São Paulo, v. 70, pp. 101-138, 2007.

_____. Redistribuição, reconhecimento e participação: por uma concepção integrada da justiça. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos.* 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Rethinking the public sphere: a contribution to the critique of actually existing democracy. In: CALHOUN, Craig (Ed.). *Habermas and the public sphere*. Cambridge: MIT, 1993.

FREIRE, Alonso. Interpretação constitucional comparativa: aproximação crítica e arcabouço metodológico. *Publicum*, v. 1, n. 2, pp. 45-73, 2016.

FULLER, Lon L. *The morality of law*. rev. ed. New Haven: Yale University Press, 1969.

GADOTTI, Moacir. Perspectivas atuais da educação. *São Paulo em Perspectiva*, v. 14, n. 2, p. 3-11, 2000.

GALERIUS and Constantine: Edicts of Toleration 311/313. In: HALSALL, Paul (Ed.). *Internet History Sourcebook Project*. Disponível em <http://www.fordham.edu/halsall/source/edict-milan.asp>. Acesso em: 6 maio 2012.

GARCIA, Emerson. A religião entre a pessoa humana e o Estado de Direito. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, v. 17, n. 1, pp. 83-103, 2011.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls:* um breve manual de Filosofia Política. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

GARLICKI, Leszek Lech. Perspectives on freedom of conscience and religion in the jurisprudence of Constitutional Courts. *Brigham Young University Law Review*, n. 2, p. 467-509, 2001.

GAUDEMET, Jean. *Les institutions de l'Antiquité*. 7ᵉéd. Paris: Montchrestien, 2002.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Fé e saber. In: NOVAES, Adauto (Org.). *A invenção das crenças*. São Paulo: SESC SP, 2011.

GIBBON, Edward. *The history of the decline and fall of the Roman Empire*. London: T. Cadell, 1937.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade.* Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

GINSBURG, Tom. Constitutional endurance. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Eds.). *Comparative Constitutional Law.* Cheltenham; Northampton: Edward Elgar, 2011.

GIUMBELLI, Emerson. A presença do religioso no espaço público: modalidades no Brasil. *Religião e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, pp. 80-101.

_____. Crucifixos em recintos estatais e monumento do Cristo Redentor: distintas relações entre símbolos religiosos e espaços públicos. In: ORO, Ari Pedro et al. (Orgs.). *A religião no espaço público:* atores e objetos. São Paulo: Terceiro Nome, 2012.

_____. *O fim da religião:* dilemas da liberdade religiosa no Brasil e na França. São Paulo: Attar Editorial, 2002.

_____. O que é um ambiente laico? Espaços (inter)religiosos em instituições públicas. In: *Símbolos religiosos em controvérsias*. São Paulo: Terceiro Nome, 2014.

GOMES, Francisco José Silva. A Cristandade medieval entre o mito e a utopia. *Topoi*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 5, pp. 221-231, dez. 2000.

GONÇALVES, Gabriel Accioly. *O desenvolvimento judicial do direito:* construções, interpretação criativa e técnicas manipulativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GONZÁLEZ LE SAUX, Marianne; PARRA VERA, Óscar. Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: a propósito del Caso Apitz. *Revista IIDH*, v. 47, pp. 127-164, 2008.

GORENSTEIN, Lina. *A Inquisição contra as mulheres:* Rio de Janeiro, séculos XVII e XVIII. São Paulo: Humanitas; Fapesp, 2005.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional*. v. II. Coimbra: Almedina, 2005.

GRAYZEL, Solomon. The Jews and Roman law. *The Jewish Quarterly Review*, v. 59, n. 2, p. 93-117, October 1968.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GREENAWALT, Kent. Diverse perspectives and the Religion Clauses: an examination of justifications and qualifying beliefs. *Notre Dame Law Review*, v. 74, n. 5, pp. 1433-1473, 1999.

GRIMM, Dieter. Conflicts between general laws and religious norms. *Cardozo Law Review*, v. 30, n. 6, pp. 2369-2382, 2008.

_____. Política e direito. In: *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
GRINBERG, Keila. Judeus, judaísmo e cidadania no Brasil Imperial. In: GRINBERG, Keila (Org.). Os judeus no Brasil: inquisição, imigração, identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

GUGLIELMI, Gilles J. Prières et service public. *Droit et Culture*, v. 51, pp. 77-92, 2006. Disponível em: <http://droitcultures.revues.org/816#>. Acesso em: 3 dez. 2016.

GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why deliberative democracy?* Princeton: Princeton University Press, 2004.

HÄBERLE, Peter. O fundamentalismo como desafio do Estado constitucional: considerações a partir da Ciência do Direito e da cultura. *Direito Público*, v. 11, n. 62, p. 58-80, mar./abr. 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão destranscendentalizada*. Tradução de Lucia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

_____. A tolerância religiosa como precursora dos direitos culturais. In: *Entre naturalismo e religião:* estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

_____. Bases pré-políticas do Estado de Direito democrático. In: *Entre naturalismo e religião:* estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

_____. *Direito e democracia:* entre facticidade e validade. 2 v. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

_____. Introdução. In: *Entre naturalismo e religião:* estudos filosóficos. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007

_____. Notes on post-secular society. *New Perspectives Quarterly*, v. 25, n. 4, p. 17-29, 2008.

_____. “The political”: the rational meaning of a questionable inheritance of political

theology. In: MENDIETA, Eduardo; ANTWERPEN, Jonathan Van (Eds.). *The power of religion in the public sphere*. New York: Columbia University Press, 2011 (Kindle Edition).

_____; TAYLOR, Charles. Dialogue. In: MENDIETA, Eduardo; ANTWERPEN, Jonathan Van (Eds.). *The power of religion in the public sphere*. New York: Columbia University Press, 2011 (Kindle Edition).

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist Papers.* New York: Pocket Books, 2004.

HARDY, E. G. *Studies in Roman history*. Swan Sonnenschein & Co.: London, 1906.

HART, H. L. A. *The concept of law*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 1994.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HIRSCHL, Ran. *Constitutional theocracy.* Cambridge: Harvard University Press, 2010.

HOBBES, Thomas. *Leviatã:* ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979 (Os Pensadores).

HOBSBAWN, Eric J. *A Revolução Francesa*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HOLMES, Stephen. *Passions and constraint:* on the theory of liberal democracy. Chicago; London: The University of Chicago Press, 1995.

HUNTINGTON, Samuel. *The clash of civilizations and the remaking of world order*. New York: Simon & Schuster, 2011.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo demográfico 2010:* características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Rio de Janeiro: IBGE, 2012.

ISHAY, Micheline R. *The history of human rights:* from ancient times to the globalization era. Berkeley; Los Angeles: University of California Press, 2008.

ITO, Marina. Zveiter assume TJ do Rio e manda retirar crucifixos. *Consultor Jurídico*, 3 fev. 2009. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-fev-03/luiz-zveiter-toma-posse-tj-rio-manda-retirar-crucifixos-corte>. Acesso em: 22 nov. 2016.

JASPERS, Karl. *Introdução ao pensamento filosófico*. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2011.

JEFFERSON, Thomas. *Jefferson's Letter to the Danbury Baptists.* Disponível em: <http://www.loc.gov/loc/lcib/9806/danpre.html>. Acesso em: 30 jun. 2012.

JEVTIĆ, Miroljub. Political science and religion. *Politics and Religion Journal*, v. 1, n. 1, p. 59-69, 2007.

JOAS, Hans. *A sacralidade da pessoa:* nova genealogia dos direitos humanos. Tradução de Nélio Schneider. São Paulo: Unesp, 2012.

JUSTIÇA suspende efeitos da 'Lei do Pai Nosso' em Ilhéus, diz MP-BA. *G1*, 17 abr. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/bahia/noticia/2012/04/justica-suspende-efeitos-da-lei-do-pai-nosso-em-ilheus-diz-mp-ba.html>. Acesso em: 3 set. 2016.

KAHN, Paul W. The question of sovereignty. *Stanford Journal of International Law*, v. 40, pp. 259-282, 2004.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Trad., textos adicionais e notas Edson Bini. 2. ed. rev. Bauru: EDIPRO, 2008 (Série Clássicos Edipro).

_____. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011.

_____. Resposta à pergunta: Que é o "Esclarecimento"? (*Aufklärung*). In: *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011.

_____. *Sobre a expressão corrente: isto pode ser correcto na teoria, mas nada vale na prática*. Tradução de Artur Morão. [S.l.]: LusoSofia, [20--].

KANTOROWICZ, Ernst. *Les deux corps du roi:* essai sur la théologie politique au Moyen Âge. Tradução de Jean-Philippe Genet et Nicole Genet. Paris: Gallimard, 1957.

KARL Popper. In: *Stanford Encyclopaedia of Philosophy*. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/popper/>. Acesso em: 22 ago. 2016.

KAUFMANN, Matthias. *Em defesa dos direitos humanos:* considerações históricas e de princípio. Tradução de Rainer Patriota. São Leopoldo: Unisinos, 2013 (Díke).

KEHL, Maria Rita. Crença na palavra, aposta no sujeito. In: NOVAES, Adauto (Org.). *A invenção das crenças*. São Paulo: SESC SP, 2011.

KELSEN, Hans. *A democracia.* Tradução de Ivone Castilho Benedetti *et al.* 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KENNEDY, Desiree A. Consumer discrimination: the limitations of federal civil rights protection. *Missouri Law Review*, v. 66, n. 2, pp. 265-339, 2001.

KETTELL, Steven. Do we need a ‘political science of religion’? *Political Studies Review*, 2014.

KOENIG, Matthias. Religion and public order in modern nation-states: institutional varieties and contemporary transformations. In: BRUGGER, Winfried; KARAYANNI (Eds.). *Religion in the public sphere:* a comparative analysis of German, Israeli, American and International Law. Berlin: Springer, 2007.

KOMMERS, Donald P. *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. Durham: Duke University Press, 1989.

KÜHN, Fábio. As redes da distinção: familiares da Inquisição na América Portuguesa do século XVIII. *Varia Historia*, v. 26, n. 43, pp. 177-195, jan./jun. 2010.

KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. Multiculturalismo liberal e direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (Coords.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

JELLINEK, Georg. *Teoría general del Estado*. Tradução de Fernando de los Ríos. Buenos Aires: Albatros, 1954.

JENNINGS, Francis. *The creation of America:* through Revolution to Empire. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

LAYCOCK, Douglas. Formal, substantive, and disaggregated neutrality towards religion. *DePaul Law Review*, v. 39, n. 4, pp. 993-1018, Summer 1990.

LEBOVIC, Matt. Rapid worldwide growth for Jewish-Muslim alliance. *The Times of Israel*, 26 ago. 2013. Disponível em: <http://www.timesofisrael.com/rapid-worldwide-growth-for-jewish-muslim-alliance/>. Acesso em : 24 jul. 2016.

LEGORRETA ZEPEDA, José de Jesús. Secularização ou ressacralização? O debate sociológico contemporâneo sobre a teoria da secularização. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 73, jun. 2010.

LEIA os fundamentos do TJ-RS para validar o casamento na Umbanda. *Consultor Jurídico*, 28 jun. 2002. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-jun-28/tj_gaucho_reconhece_casamento_celebrado_umbanda>. Acesso em: 16 ago. 2016.

LEITE, Fábio Carvalho. *Estado e religião:* a liberdade religiosa no Brasil. Curitiba: Juruá, 2014.

_____. Liberdade religiosa e objeção de consciência: o problema do respeito aos dias de

guarda. In: ORO, Ari Pedro *et al* (Orgs.). *A religião no espaço público:* atores e objetos. São Paulo: Terceiro Nome, 2012.

_____. O laicismo e outros exageros sobre a Primeira República no Brasil. *Religião e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, pp. 32-60, 2011.

LeMOULT, John E. Deprogramming members of religious sects. *Fordham Law Review*, v. 46, pp. 599-640, 1978.

LENZENWEGER, Josef *et al.* (Eds.). *História da Igreja Católica*. São Paulo: Loyola, 2006.

LEVINSON, Sanford. *Constitutional faith*. Princeton: Princeton University Press, 2011.

LÍDER religiosa denuncia vandalismo contra terreiro na região norte da BA. *G1*, 15 jul. 2015. Disponível em: <http://g1.globo.com/bahia/noticia/2015/07/lider-religiosa-denuncia-vandalismo-contra-terreiro-na-regiao-norte-da-ba.html>. Acesso em: 24 jul. 2016.

LIMA, Ludmilla de *et al.* Templo positivista à espera de restauro na Glória. *O Globo*, 21 set. 2014. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/rio/design-rio/templo-positivista-espera-de-restauro-na-gloria-14001962#ixzz4R7nxdglY>. Acesso em: 26 nov. 2016.

LIMA, Maurilio Cezar de, Mons. *Breve história da Igreja no Brasil*. Rio de Janeiro: Restauro, 2001.

_____. *Introdução à história do direito canônico*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1999.

LINDAHL, Hans. Sovereignty and symbolization. *Rechststheorie*, v. 28, n. 3, pp. 347-371, 1997.

LING, L. H. M.; SHIH, Chih-yu. Confucianism with a liberal face: the meaning of democratic politics in postcolonial Taiwan. *The Review of Politics*, v. 60, n. 01, pp. 55-82, 1998.

LITTLE, David. Does the human right to freedom of conscience, religion, and belief have special status? *Brigham Young University Law Review*, n. 2, pp. 603-610, 2001.

LLANO CIFUENTES, Rafael. *Relações entre a Igreja e o Estado:* a Igreja e o Estado à luz do Vaticano II, do Código de Direito Canônico de 1983 e da Constituição brasileira de 1988. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989.

LOCKE, John. A letter concerning toleration. In: *The works of John Locke in nine volumes*. 12th ed. v. 5: Four letters concerning toleration. London: Rivington, 1824. Consultou-se a versão transcrita por *The Online Library of Liberty*. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/title/764>. Acesso em: 27 maio 2012.

_____. Segundo tratado sobre o governo. Tradução de E. Jacy Monteiro. In: *Ensaio acerca do entendimento humano. Segundo tratado sobre o governo.* 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991 (Os pensadores; 9).

LOENEN, Titia. Accommodation of religion and sex equality in the workplace under the EU equality directives: a double bind for the European Court of Justice. In: ALIDADI, Katayoun;

FOBLETS, Marie-Claire; VRIELINK, Jogchum (Eds.). *A test of faith?* Religious diversity and accommodation in the European workplace. London: Routledge, 2016.

LÖWY, Michael. *Ideologias e Ciência Social:* elementos para uma análise marxista. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1991.

LOUGHLIN, Martin. *Sword and scales*: an examination of the relationship between law and politics. Oxford; Portland: Hart Publishing, 2000.

_____. *The idea of public law*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

LUPU, Ira C.; TUTTLE, Robert W. Instruments of accommodation: the military chaplaincy and the Constitution. *West Virginia Law Review*, v. 110, pp. 89-166, 2007.

LUTERO, Martim. *Ética cristã*. São Leopoldo: Sinodal; Porto Alegre: Concórdia, 1999.

LUTHER, Martin. *On secular authority:* how far should it be obeyed. Disponível em: <http://www.etsu.edu/cas/history/documents/secauth.htm>. Acesso em: 11 jun. 2012.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. A liberdade de expressão entre o naturalismo e a religião. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXXXIV, pp. 89-187, 2008.

_____. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva:* dos direitos da verdade aos direitos do cidadão. Coimbra: Coimbra, 1996 (Stvdia Ivridica 18).

MAGALHÃES PIRES, Thiago. *As competências legislativas na Constituição de 1988:* uma releitura de sua interpretação e da solução de seus conflitos à luz do Direito Constitucional contemporâneo. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. Democracia: da fantasia à representação. In: BRANDÃO, Rodrigo. BAPTISTA, Patrícia (Orgs.). *Direito Público*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015 (Direito UERJ 80 Anos / Coord. Carlos Eduardo Guerra de Moraes e Ricardo Lodi Ribeiro; 8).

MANIN, Bernard; PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C. Elections and representation. In: PRZEWORSKI, Adam; STOKES, Susan C.; MANIN, Bernard (Eds.). *Democracy, accountability, and representation.* Cambridge: Cambridge University Press, 1999 (Cambridge Studies in the Theory of Democracy).

MARCHA da família reúne 50 mil religiosos em Brasília. *UOL Notícias*, 1º jun. 2011. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/efe/2011/06/01/marcha-da-familia-reune-50-mil-religiosos-em-brasilia.jhtm>. Acesso em: 2 jul. 2012.

MARSHALL, William P. In defense of *Smith* and free exercise revisionism. *University of Chicago Law Review*, v. 58, n. 1, pp. 308-328, 1991.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. "Laico, mas nem tanto": cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. *Revista Jurídica da Presidência*, v. 9, n. 86, p. 11-57, 2007.

MARTINEZ-TORRON, Javier. Freedom of religion and the Spanish Constitutional Court. *Brigham Young University Law Review*, n. 2, pp. 711-754, 2001.

MAQUIAVEL, Nicolau. *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio.* Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

_____. *O príncipe.* Trad., introd. e notas Antonio D'Elia. São Paulo: Cultrix, 1980.

MARITAIN, Jacques. The concept of sovereignty. *The American Political Science Review*, v. 44, n. 2, p. 343-357, June 1950.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Educação religiosa nas escolas públicas – inteligência do artigo 210 da Constituição Federal – Opinião legal, p. 21. Disponível em: <https://goo.gl/NH1abL>. Acesso em: 3 dez. 2016.

MARTY, Mark G. *God in public:* four ways American Christianity and public life relate. Louisville: Westminster John Knox, 2006.

MASSIE, Ann MacLean. The religion clauses and parental health care decisionmaking for children: suggestions for a new approach. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, v. 21, pp. 725-775, Spring 1994.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

McCONNELL, Michael W. Free exercise revisionism and the *Smith* decision. *University of Chicago Law Review*, v. 57, n. 4, pp. 1.110-1.153, 1990.

_____; POSNER, Richard A. An economic approach to issues of religious freedom. *The University of Chicago Law Review*, v. 56, n. 1, pp. 1-60, Winter 1989.

McCREA, Ronan. *Religion and the public order of the European Union*. Oxford: Oxford, 2014.

McCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 4, pp. 655-724, 2008.

McPHERSON, Thomas. *Philosophy and religious belief*. London: Hutchinson, 1974.

M'CRIE, Thomas. *The Reformation in Spain*. Rapidan: Hartland, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. 13. tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 6. tir. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 15. ed. rev. e ampl. 2 v. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. O § 2º do art. 5º da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria*

dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. Leia palestra de Gilmar Mendes sobre a relação do Estado com as religiões. *Conjur*, 27 maio 2014. Disponível em: <http://goo.gl/Hiz9SE>. Acesso em: 3 dez. 2016.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MENDONÇA, Antônio Gouvêa; VELASQUES FILHO, Prócoro. *Introdução ao protestantismo no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

MENDONÇA, Eduardo. A constitucionalização da política: entre o inevitável e o excessivo. *Revista da Faculdade de Direito (UERJ)*, n. 18, 2010, p. 14. Disponível em: <http://www.revistadireito.uerj.br/artigos/Aconstitucionalizacaodapoliticaentreo inevitaveleoexcessivo.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2016.

_____. A jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2015.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Tradução de e introd. Pedro Madeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

MINISTÉRIO Público investiga igreja por mensagem que sugere morte de gays. *G1*, 22 jul. 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/bahia/noticia/2016/07/mensagem-em-igreja-que-sugere-morte-de-gays-e-investigada-pelo-mp.html>. Acesso em: 13 set. 2016.

MIRANDA, Jorge. Estado, liberdade religiosa e laicidade. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, v. 7, n. 1, jan./jul. 2014. Disponível em: <https://goo.gl/sNKz6G>. Acesso em: 27 nov. 2016

_____. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. e atual. t. IV – Direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2000.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967:* com a Emenda n. 1, de 1969. t. V – Arts. 153, § 2º – 159. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

MIURA, Douglas. Uso de crucifixo não fere caráter laico do Estado, decide CNJ. *Consultor Jurídico* 29 maio 2007. Disponível em: <https://goo.gl/uCC0W9>. Acesso em: 2 abr. 2016.

MIZRAHI, Rachel. *Judeus:* do descobrimento aos dias atuais. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

MONTEIRO, Nilton de Freitas. Parâmetros constitucionais do ensino religioso nas escolas públicas. Disponível em: <https://goo.gl/zQLWZq>. Acesso em: 3 dez. 2016.

MONTERO, Paula. Religião, pluralismo e esfera pública no Brasil. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 74, pp. 47-65, mar. 2006.

MONTES, Maria Lucia. *As figuras do sagrado:* entre o público e o privado na religiosidade brasileira. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *Do espírito das leis*. v 2. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2012 (Saraiva de Bolso).

MORRIS, Christopher W. *Um ensaio sobre o Estado moderno*. Tradução de Sylmara Beletti. São Paulo: Landy, 2005.

MOUFFE, Chantal. *Sobre o político*. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.

_____. Por um modelo agonístico de democracia. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 25, pp. 11-23, nov. 2005.

MPF pede anulação de concurso para capelães da Aeronáutica. *G1* 13 out. 2010. Disponível em: <http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2010/10/mpf-pede-na-justica-anulacao-de-prova-para-capelaes-da-aeronautica.html>.

MPF pede retirada da frase "Deus seja louvado" das cédulas de reais. *O Globo* 12 nov. 2012. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/economia/mpf-pede-retirada-da-frase-deus-seja-louvado-das-cedulas-de-reais-6707947>. Acesso em: 2 abr. 2016.

MURDOCH, Jim. *Freedom of thought, conscience and religion:* a guide to the implementation of Article 9 of the European Convention on Human Rights. [S.l.]: Council of Europe, 2007. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRHAND/DG2-EN-HRHAND-09(2007).pdf>. Acesso em: 26 jun. 2016.

NATIONAL CONFERENCE OF STATE LEGISLATURES (USA). *State public accommodation laws*. Disponível em: <https://goo.gl/BiLzjA>. Acesso em: 25 set. 2016.

NAY, Olivier. *História das ideias políticas*. Petrópolis: Vozes, 2007.

NEGRI, Antonio. *O poder constituinte:* ensaio sobre as alternativas da modernidade. Tradução de Adriano Pilatti. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

NETO, Lauro. Fé imposta na sala de aula. *O Globo*, 24 mar. 2013, p. 3.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

_____. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NICKEL, James W. Who needs freedom of religion? *University of Colorado Law Review*, v. 76, pp. 941-964, 2005.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Da perda e suspensão dos direitos políticos. *Revista de Informação Legislativa*, v. 35, n. 139, pp. 203-216, jul./set. 1998.

NOBUTAKA, Inoue. Shinto confronts modernity. In: NOBUTAKA, Inoue (Ed.). *Shinto* – a

short story. Translated and adapted by Mark Teeuwen and John Breen. London: RoutledgeCurzon, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis *Contributo para uma teoria do Estado de Direito:* do Estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito. Coimbra: Coimbra, 1987 (Separata do volume XXIX do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra).

NÚMERO de evangélicos aumenta 61% em 10 anos, aponta IBGE. *G1* 26 jun. 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/06/numero-de-evangelicos-aumenta-61-em-10-anos-aponta-ibge.html>. Acesso em 3 abr. 2016.

NUSSBAUM, Martha. *Frontiers of justice:* disability, nationality, species membership. Cambridge: Harvard University Press, 2007 (Kindle Edition).

_____. *Liberty of conscience:* in defense of America's tradition of religious equality. New York: Basic Books, 2008.

O'DONNELL, Guillermo. Delegative democracy. *Journal of democracy*, v. 5, n. 1, pp. 55-69, 1994.

OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. *Estudos Feministas*, v. 16, n. 2, p. 305-332, maio/ago. 2008.

O'NEILL, Onora. Political liberalism and public reason: a critical notice of John Rawls, *Political liberalism*. *The Philosophical Review*, v. 106, n. 3, pp. 411-428, July 1997.

ORO, Ari Pedro. Intolerância religiosa Iurdiana e reações afro no Rio Grande do Sul. In: SILVA, Vagner Gonçalves (Org.). *Intolerância religiosa:* impactos do neopentecostalismo no campo religioso afro-brasileiro. São Paulo: Edusp, 2007.

_____. Liberdade religiosa no Brasil: as percepções dos atores sociais. In: ORO, Ari Pedro et al. (Orgs.). *A religião no espaço público:* atores e objetos. São Paulo: Terceiro Nome, 2012.

ORWELL, George. *1984*. Tradução de Alexandre Hubner e Heloisa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

OSCE/ODIHR. *Guidelines for review of legislation pertaining to religion or belief.* Disponível em: <http://www.osce.org/odihr/13993?download=tru e>. Acesso em: 8 set. 2016.

_____. *Guidelines on the legal personality of religious or belief communities*. Disponível em: <http://www.osce.org/odihr/139046 ?download=true>. Acesso em: 16 set. 2016.

OTERO, Paulo. *Instituições políticas e constitucionais.* v. I. reimp. Coimbra: Almedina, 2009.

PAIVA, José Pedro. *Baluartes da fé e da disciplina:* o enlace entre a Inquisição e os bispos em Portugal (1536-1750). Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.

PARDO SCHLESINGER, Cristina. La objeción de conciencia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Persona y Bioética*, v. 10, n. 1, pp. 52-68, ene./jun. 2006.

PÁSZTORI-KUPÁN, István. Invocation of biblical authority in a secular decision: the theocratic relevance of the Torda Edict (1568). *Református Szemle*, v. 101, p. 677-699, 2008.

PEÑALVER, Eduardo. The concept of religion (Note). *The Yale Law Journal*, v. 107, pp. 791-822, 1997.

PEREGRINAÇÃO a Meca começa sob alta tensão. *G1*, 9 set. 2016. Disponível em: <https://goo.gl/oQ8sth>. Acesso em: 26 nov. 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 16. ed. rev. e atual. v. 5 – Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. A aplicação de regras religiosas de acordo com a lei do Estado: um panorama do caso brasileiro. *Revista da AGU*, v. XIII, n. 41, p. 9-42, jul./set. 2014.

_____. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito.* Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação:* a nova retórica. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PETTY, Aaron R. The concept of "religion" in the Supreme Court of Israel. *Yale Journal of Law and the Humanities*, v. 26, n. 2, pp. 211-268, 2015.

PHILPOTT, Daniel. Explaining the political ambivalence of religion. *American Political Science Review*, v. 101, n. 3, pp. 505-525, 2007.

PINTO, Marcelo. Juiz recua em manifestações sobre religiões africanas, mas mantém decisão. *Consultor Jurídico*, 21 maio 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-21/juiz-recua-manifestacoes-religioes-africanas-mantem-decisao>. Acesso em: 16 ago. 2016.

PIOVESAN, Flávia. Diálogo no sistema interamericano de direitos humanos: desafios da reforma. *Campo Jurídico*, v. 1, n. 1, p. 163-186, 2013.

_____. *Direitos humanos e o direito internacional*. 6. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2004.

_____. Estado laico e liberdade religiosa. *O Globo*, 29 nov. 2012, p. 19.

PORTUGAL. *Constituição Política da Monarchia Portugueza*. Lisboa: Imprensa Nacional, 1822.

POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy.* Cambridge; London: Harvard

University Press, 2003.

POSPIELOVSKY, Dimitry. *The Orthodox Church in the history of Russia*. Crestwood: St. Vladimir's Seminary Press, 1998.

PREUß, Ulrich K., Associative rights (the rights to the freedoms of petition, assembly, and association). In: ROSENFELD, Michael; SAJÓ, András (Eds.). *The Oxford handbook of comparative constitutional law*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

PRIETO SANCHÍS, Luís. El constitucionalismo de los derechos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 24, n. 71, pp. 47-72, mayo/ago. 2004.

_____. La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades. *Pensamiento Constitucional*, v. VIII, n. 8, p. 61-102, 2001.

PULCINELI, Fabiana. Prefeito decreta jejum em combate à dengue. *O Popular*, 23 fev. 2016. Disponível em: <http://www.opopular.com.br/editorias/blogs/fabiana-pulcineli/fabiana-pulcineli-1.526/prefeito-decreta-jejum-em-combate-a-dengue-1.1041976>. Acesso em: 2 dez. 2016.

PURVIS, Thomas L. *Colonial America to 1763*. New York: Facts on File, 1999.

PUTTINI, Rodolfo Franco. Curandeirismo, curandeirices, práticas e saberes terapêuticos: reflexões sobre o poder médico no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*, v. 11, n. 3, pp. 32-49, 2011.

RADBRUCH, G. Statutory lawlessness and supra-statutory law (1946). Translated by Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 26, n. 1, p. 1-11, 2006.

RANCIÈRE, Jacques. *O ódio à democracia*. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014.

RANQUETAT JÚNIOR, Cesar Alberto. A presença da Bíblia e do crucifixo em espaços públicos no Brasil: religião, cultura e nação. In: ORO, Ari Pedro et al. (Orgs.). *A religião no espaço público:* atores e objetos. São Paulo: Terceiro Nome, 2012.

RAWLS, John. *O liberalismo político.* Brasília: Instituto Teotônio Vilela, 2000.

_____. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. The idea of public reason revisited. *The University of Chicago Law Review*, v. 64, n. 3, pp. 765-807, Summer 1997.

RAZ, Joseph. *The authority of law*. 2nd ed. Oxford: Oxford, 2009.

REICH, Joahnnes. Switzerland: Freedom of creed and conscience, immigration, and public schools in the postsecular state – compulsory coeducational swimming instruction revisited, *International Journal of Constitutional Law*, v. 7, n. 4, pp. 754-767, October 2009, p. 760.

RIBEIRO, Lidice Meyer Pinto. Negros islâmicos no Brasil escravocrata. *Cadernos CERU*, série 2, v. 22, n. 1, p. 287-303, jun. 2011.

RIBEIRO, Renato Janine. O deus mortal. *Filosofia*, n. 77, 2013. Disponível em: <http://filosofiacienciaevida.uol.com.br/ESFI/Edicoes/77/artigo277558-1.asp>. Acesso em: 28 out. 2016.

RISHMAWI, Mervat. The Arab Charter on Human Rights and the League of Arab States: an update. *Human Rights Law Review*, v. 10, n. 1, p. 169-178, 2010.

RODRIGUES, Cláudia. *Lugares dos mortos na cidade dos vivos:* tradições e transformações fúnebres no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Cultura, Departamento Geral de Documentação e Informação Cultural, Divisão de Editoração, 1997 (Coleção Biblioteca carioca; v.43. Série publicação científica).

ROHDE, Bruno. Centro de umbanda é atacado em Nova Iguaçu. *Extra*, 26 nov. 2009. Disponível em: <http://extra.globo.com/noticias/rio/centro-de-umbanda-atacado-em-nova-iguacu-388844.html>. Acesso em: 2 jul. 2012.

ROMERO PÉREZ, Xiomara Lorena. La libertad religiosa en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (Análisis comparativo con el ordenamiento jurídico colombiano). *Revista Derecho del Estado*, n. 29, pp. 215-232, julio-diciembre 2012.

RORTY, Richard. Para emancipar a nossa cultura (Por um secularismo romântico). In: SOUZA, José Crisóstomo de (Org.). *Filosofia, racionalidade, democracia:* os debates Rorty & Habermas. São Paulo: UNESP, 2005.

ROTH, Norman. *Conversos, Inquisition, and the expulsion of the Jews from Spain.* Madison: The University of Wisconsin Press, 2002.

ROUANET, Sergio Paulo. Ciência e religião: crença contra crença? In: NOVAES, Adauto (Org.). *A invenção das crenças*. São Paulo: SESC SP, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. In: *Do contrato social; Ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.* 5. ed. Tradução de Lourdes Santos Machado. Introd. e notas Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado.São Paulo: Nova Cultural, 1991 (Os pensadores; 6).

RUIZ MIGUEL, Alfonso. La objeción de conciencia a deberes cívicos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 16, n. 47, pp. 101-124, mayo-ago. 1996.

SADEK, Maria Tereza. Nicolau Maquiavel: o cidadão sem *fortuna*, o intelectual de *virtù*. In: WEFFORT, Francisco C. (Org.). *Os clássicos da política*. v. 1: Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu, Rousseau, "O Federalista". 13. ed. 5. imp. São Paulo: Ática, 2001.

SAFATLE, Vladimir. A crença no melhor argumento: sobre o fundamento fantasmático da autoridade. In: NOVAES, Adauto (Org.). *A invenção das crenças*. São Paulo: SESC SP, 2011.

SAJÓ, András. Preliminaries to a concept of constitutional secularism. *International Journal*

of Constitutional Law, v. 6, n. 3-4, pp. 605-629, 2008.

SALDANHA, Nelson. *O jardim e a praça:* ensaio sobre o lado privado e o lado público da vida social e histórica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1986.

_____. *Secularização e democracia:* sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação da atividade econômica:* princípios e fundamentos jurídicos. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

SALVATORELLI, Luigi. Jurisdicionalismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (Orgs.), *Dicionário de Política*. 3. ed. v. 1. Brasília: UnB; Linha Gráfica, 1991.

SANDBERG, Russell. *Religion, law and society*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

SANDEL, Michael J. Religious liberty – Freedom of conscience or freedom of choice? *Utah Law Review*, n. 3, p. 597-615, 1989.

SANTIAGO NINO, Carlos. *Ética e direitos humanos*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Unisinos, 2011.

_____. *Introdução à análise do direito*. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

_____. *La constitución de la democracia deliberativa.* Barcelona: Gedisa, 2003.

SANTINI, Cândido. O padroado no Brasil. Direito real. *Perspectiva Teológica*, Belo Horizonte, v. 6, n. 11, pp. 159-204, 1974.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Introdução a uma ciência pós-moderna*. 3. ed. Porto: Afrontamento, 1993.

_____. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. São Paulo: Cortez, 2013.

_____. *Um discurso sobre as ciências*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova*, São Paulo, n. 39, pp. 105-201, 1997.

SANTOS JUNIOR, Aloisio Cristovam. *A liberdade de organização religiosa e o Estado laico brasileiro*. São Paulo: Mackenzie, 2007.

SAPIR, Gidon; STATMAN, Daniel. Why freedom of religion does not include freedom from religion. *Law and Philosophy*, v. 24, p. 467-508, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. Os direitos fundamentais, a Reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: notas em torno dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição de 1988. *Revista de Direito do Estado*, n. 1, v. 1, p. , jan./mar. 2006.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

SARMENTO, Daniel. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação "de facto", teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional:* direitos fundamentais. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: Jvs Podivm, 2007.

_____. A liberdade de expressão e o problema do *hate speech*. *Revista de Direito do Estado*, v. 1, n. 4., pp. 53-105, 2006.

_____. *Dignidade da pessoa humana:* conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. Ensino religioso nas escolas públicas: a ADI 4.439 e a audiência pública do STF. *Jota*, 23 jun. 2015. Disponível em: <http://jota.info/artigos/ensino-religioso-nas-escolas-publicas-23062015>. Acesso em: 28 nov. 2016.

_____ (Org.). *Interesses públicos* versus *interesses privados:* desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. 3. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. Interpretação constitucional cosmopolita. *Jota*, 14 abr. 2015. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/interpretacao-constitucional-cosmopolita>. Acesso em: 14 ago. 2016.

_____. O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado. In: LOREA, Roberto Ariada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARTORI, Giovanni. *Elementos de teoría política.* Versión de Mª. Luz Morán. 4ª reimp. Madrid: Alianza Editorial, 2012.

SCAMPINI, José. A liberdade religiosa nas Constituições brasileiras (Estudo filosófico-jurídico comparado) – Primeira parte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 11, n. 41, pp. 161-203, jan./mar. 1974.

SCATTOLA, Merio. *Teologia política*. Tradução de José Jacinto Correia Serra. Lisboa: Edições 70, 2009.

SCHMITT, Carl. *Political theology:* four chapters on the concept of sovereignty. Tradução de George Schwab. Chicago: The University of Chicago Press, 1985.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism and democracy*. 3rd ed. with a new introduction by Thomas K. McCraw. New York: Harper Perennial Modern Thought, 2008.

SCHWABE, Jürgen. *Cinqüenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Tradução de Beatriz Hennig *et al*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

SEN, Amartya. *Identidade e violência:* a ilusão do destino. Tradução de José Antonio Arantes. São Paulo: Iluminuras; Itaú Cultural, 2015.

SHARMA, Arvind. *Problematizing religious freedom*. Dordrecht: Springer, 2012.

SHAW, Malcolm N. *International Law*. 4th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

SHERRY, Suzanna. Lee v. Weismann: paradox redux. *The Supreme Court Review*, p. 123-154, 1992.

SHETREET, Shimon. The model of state and church relations and its impact on the protection of freedom of conscience and religion. In: BRUGGER, Winfried; KARAYANNI (Eds.). *Religion in the public sphere:* a comparative analysis of German, Israeli, American and International Law. Berlin: Springer, 2007 (Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht – Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht).

SHKLAR, Judith. Reading the *Social Contract*. In: *Political thought & political thinkers.* Ed. Stanley Hoffmann. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

SHINAR, Adam; SU, Anna. Religious law as foreign law in constitutional interpretation. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 1, pp. 74–100, 2003.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A constituinte burguesa: qu'est-ce que le Tiers État?* Tradução de Norma Azevedo. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. *O constitucionalismo brasileiro:* evolução institucional. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito:* os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. In: NEVES, Marcelo. *Transnacionalidade do direito:* novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

_____. Comparing the incommensurable: constitutional principles, balancing, and rational decision. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 32, pp. 273-301, 2011.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, v. 1, n. 4, p. 23-51, out./dez. 2006.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, pp. 23-50, 2002.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto de. O princípio da isonomia e as classificações legislativas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 16, n. 64, p. 89-108, out./dez. 1979.

SMART, Ninian. *The world's religions:* old traditions and modern transformations. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

SMITH, Steven D. What does religion have to do with freedom of conscience? *University of Colorado Law Review*, v. 76, n. 4, pp. 911-940, 2005.

SOARES, Edvaldo. *Pensamento católico brasileiro:* influências e tendências. Marília: Oficina Universitária; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2014.

SOARES, Thiago. Dois terreiros de candomblé são incendiados no Entorno do DF. *Correio Braziliense*, 12 set. 2015. Disponível em: <http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/cidades/2015/09/12/interna_cidadesdf,498369/dois-terreiros-de-religioes-afros-sao-incendiados-no-entorno-no-df.shtml>. Acesso em: 24 jul. 2016.

SORIANO, Ramón. La objeción de conciencia: significado, fundamentos jurídicos y positivación en el ordenamiento jurídico español. *Revista de Estudios Políticos*, n. 58, pp. 61-110, oct./dic. 1987.

SÓTER, Gil; MÜLLER, Ingo. Juiz de paz do Pará pede demissão para não celebrar casamento LGBT. *G1 Pará*, 20 maio 2013. Disponível em: <https://goo.gl/W984d>. Acesso em: 7 dez. 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SPINOZA, Baruch de. *Tratado político*. Tradução de e introd. José Pérez. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013.

STARK, Rodney. Secularization, R.I.P. *Sociology of Religion*, v. 60, n. 3, p. 249-273, Autumn 1999

STRAUSS, Leo. O Estado e a religião. Tradução de Carlos Henrique Davidoff. In: QUIRINO, Célia Galvão; SADEK, Maria Tereza (Orgs.). *O pensamento político clássico:* Maquiavel, Hobbes, Locke, Montesquieu e Rousseau. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SUNSTEIN, Cass R. *A Constitution of many minds*: why the founding document doesn't mean what it meant before. Princeton; Oxford: Princeton University Press, 2009.

TAMANAHA, Brian. *On the rule of law:* history, politics, theory. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

TAVARES, André Ramos. Religião e neutralidade do Estado. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 2, n. 5, jan./mar. 2008. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd= 52587>. Acesso em: 9 jul. 2013.

TAYLOR, Charles. *Uma era secular*. Tradução de Nélio Schneider e Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

_____. Why we need a radical redefinition of secularism. In: MENDIETA, Eduardo; ANTWERPEN, Jonathan Van (Eds.). *The power of religion in the public sphere*. New York: Columbia University Press, 2011 (Kindle Edition).

TELAROLLI JUNIOR, Rodolpho. A secularização do registro dos eventos vitais no Estado de São Paulo. *Revista Brasileira de Estudos de População*, v. 10, n. 1/2, p. 145-156, 1993.

THOMSON, Judith Jarvis. *The realm of rights*. Cambridge: Harvard University Press, 1990.

TIERNEY, Brian. Religious rights: an historical perspective. In: WITTE, JR., John; VYVER, Johan D. van der. *Religious human rights in global perspective:* religious perspectives. The Hague: Kluwer Law International, 1996.

TILLICH, Paul. *Theology of culture*. Oxford: Oxford University Press, 1959.

TORRES, João Carlos Brum. *Figuras do Estado moderno:* representação política no Ocidente. São Paulo: Brasiliense, 1989.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TOURAINE, Alain. *O que é a democracia?* Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: Instituto Piaget, 1996 (Economia e Política).

TRIBE, Lawrence H. *American Constitutional Law*. 2nd ed. Mineola: The Foundation Press, 1988.

TROPER, Michel Obedience and obligation in the *Rechsstaat.* In: MARAVALL, José María; PRZEWOSKI, Adam (Eds.). *Democracy and the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. *Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation.* Brussels, 2.7.2008. COM(2008) 426 final, 2008/0140 (CNS). Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX:52008PC0426>. Acesso em: 25 set. 2016.

UNITED NATIONS. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *General comment no. 13:* The right to education (article 13 of the Covenant), E/C.12/1999/10 8 December 1999. Disponível em: <https://goo.gl/6mFJdI>. Acesso em: 31 jan. 2016.

_____. Committee on Economic, Social and Cultural Rights. *General comment no. 16:* The equal right of men and women to the enjoyment of all economic, social and cultural rights

(art. 3 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/2005/411 11 August 2005. Disponível em: <https://goo.gl/L07DgF>. Acesso em 31 jan. 2016.

_____. Committee on the Elimination of Discrimination against Women; Committee on the Rights of the Child. *Joint general recommendation/General comment no. 31 of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women and no. 18 of the Committee on the Rights of the Child on harmful practices*, 4 November 2014. Disponível em: <https://goo.gl/nBESlR>. Acesso em: 31 jan. 2016

_____. Committee on the Rights of the Child. *General comment no. 7:* Implementing child rights in early childhood, 20 September 2006. Disponível em: <https://goo.gl/bgwgkp>. Acesso em: 31 jan. 2016.

_____. Committee on the Rights of the Child. *General Comment no. 8:* The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (arts. 19; 28, para. 2; and 37, inter alia) CRC/C/GC/8, 2 March 2007, § 27. Disponível em: <https://goo.gl/JRKwlV>. Acesso em 27 dez. 2016

_____. Human Rights Committee. *General comment no. 19:* Article 23 (The family), 27 July 1990. Disponível em: <https://goo.gl/5bPUa4>. Acesso em: 31 jan. 2016.

_____. Human Rights Committee. *General comment no. 22:* Article 18 (Freedom of thought, conscience or religion), CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 27 September 1993. Disponível em: <https://goo.gl/NlrKZT>. Acesso em: 30 jan. 2016.

_____. Human Rights Committee. *General comment no. 23:* Article 27 (Rights of minorities), 26 April 1994. Disponível em: <https://goo.gl/cG2tx3>. Acesso em: 31 jan. 2016.

_____. Human Rights Committee. *General comment no. 28:* Article 3 (The equality of rights between men and women), CCPR/C/21/Rev.1/Add.10 29 Mar 2000. Disponível em: <https://goo.gl/4D4mFh>. Acesso em: 31 jan. 2016.

_____. Human Rights Committee. *General comment no. 31:* the nature of the general legal obligation imposed on States Parties to the Covenant, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 1326 May 200429 July 1981. Disponível em: <https://goo.gl/aGAzqB>. Acesso em: 26 dez. 2016.

_____. *General comment no. 34:* Article 19 (Freedoms of opinion and expression), CCPR/C/GC/34 12 September 2011. Disponível em: <https://goo.gl/dTf4uu>. Acesso em: 4 set. 2016.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Brazil:* contry profile – human development indicators. Disponível em: <http://hdrstats.undp.org/en/countries/profiles/BRA.html>. Acesso em: 30 jun. 2012.

URBINATI, Nadia. O que torna a representação democrática? *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, pp. 191-228, 2006.

VATICANO II, Concílio Ecumênico. *Dignitatis humanae* (Declaração). In: WOLFF, Elias. *Unitatis redintegratio, Dignitatis humanae, Nostra aetate:* textos e comentários. São Paulo:

Paulinas, 2012 (Coleção Revisitar o Concílio).

VENICE COMMISSION. *Opinion on Act CCVI of 2011 on the right to freedom of conscience and religion and the legal status of churches, denominations and religious communities of Hungary*, CDL-AD(2012)004. Disponível em: <https://goo.gl/yJnQVq>. Acesso em: 8 set. 2016

_____; OSCE/ODIHR ADVISORY COUNCIL ON FREEDOM OF RELIGION OR BELIEF. *Joint opinion on freedom of conscience and religious organizations in the Republic of Kyrgyzstan*, CDL-AD(2008)032. Disponível em: <https://goo.gl/zPOKSF>. Acesso em: 8 set. 2016.

VERÍSSIMO, Luís Fernando. Territórios livres. *O Globo*, 22 mar. 2012, p. 7.

VERMEULE, Adrian. *The system of the Constitution*. New York: Oxford University Press, 2011.

VICKERS, Lucy. *Religion and belief discrimination in employment – the EU law*. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2007.

VIDMAR, John, OP. *The Catholic Church through the ages:* a history. Mahwah: Paulist, 2005.

VIEIRA, Oscar Vilhena, *A Constituição e sua reserva de justiça:* um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 6, n. 4, pp. 28-51, 2007.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

VIRGINIA (EUA). *The Virginia Declaration of Rights* (1776). Disponível em: <https://goo.gl/ncrJJ8>. Acesso em: 30 dez. 2016.

WALD, Kenneth D.; WILCOX, Clyde. Getting religion: has political science rediscovered the faith factor? *American Political Science Review*, v. 100, n. 04, pp. 523-529, 2006.

WALDRON, Jeremy. Constitutionalism: a skeptical view. In: *Political political theory:* essays on institutions. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

_____. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

_____. The constitutional politics of Hannah Arendt. In: *Political political theory:* essays on institutions. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

WALZER, Michael. *Política e paixão:* rumo a um liberalismo mais igualitário. Tradução de Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

WANIEZ, Philippe; BRUSTLEIN, Violette. Os muçulmanos no Brasil: elementos para uma

geografia social. *ALCEU*, v. 1, n. 2, p. 155-180, jan./jul. 2001.

WARBURTON, Nigel. *Freedom:* an introduction. London: Routledge, 2001.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, pp. 193-220, 1890.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição:* fundamentalismo, pluralismo, crenças, cultos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WILLAIME, Jean-Paul. *Sociologia das religiões*. Tradução de Lineimar Pereira Martins. São Paulo: Unesp, 2012.

WOODHEAD, Linda. Five concepts of religion. *International Review of Sociology*, v. 21, n. 1, p. 121-143, 2011.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *General guidelines for methodologies on research and evaluation of traditional medicine*, WHO/EDM/TRM/2000.1. Geneva, 2000. Disponível em: <https://goo.gl/y11f3o>. Acesso em: 20 dez. 2016.

ZARKA, Yves Charles. *Difícil tolerância:* a coexistência de culturas em regimes democráticos. São Leopoldo: Unisinos, 2013.