



**INSTITUTO BRASILENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

HUGO SOUTO KALIL

O DIREITO FUNDAMENTAL À RELIGIÃO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**BRASÍLIA,
JUNHO DE 2015**

HUGO SOUTO KALIL

O DIREITO FUNDAMENTAL À RELIGIÃO E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Trabalho de dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, na linha de pesquisa de Direitos e Garantias Fundamentais.

Orientador: Professor Doutor Paulo Gustavo Gonet Branco

BRASÍLIA,
JUNHO DE 2015.

Hugo Souto Kalil

O Direito Fundamental à Religião e o Supremo Tribunal Federal

Trabalho de dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, na linha de pesquisa de Direitos e Garantias Fundamentais.

Brasília, 24 de junho de 2015.

Prof. Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco
Professor Orientador

Prof. Dr. Paulo José Leite Farias (IDP)
Membro da Banca Examinadora

Prof. Dr. Ives Gandra da Silva Martins Filho (UFRGS)
Membro da Banca Examinadora

Ao querido professor Orlando Fedeli, *in memoriam*,
em mostra, embora insuficiente e singela, de
gratidão pelo dom da Fé.

Ao meu avô, Sileimann Kalil Botelho, *in memoriam*,
cuja bondade e inteligência me inspiram a imitá-lo.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho não teria sido realizado sem o apoio, tão necessário, de algumas pessoas.

Em primeiro lugar, agradeço à Luanna, minha esposa, companheira, amiga e conselheira. Não somente fez o caminho mais ameno e menos áspero, como me ajudou a ter a segurança, por nossas longas conversas, de que o tema dessa dissertação era efetivamente possível. Apesar das muitas dificuldades que a vida nos trouxe durante esse período, contei com seu apoio em cada instante. Em sua pessoa, agradeço a todos os familiares e amigos – especialmente aos meus pais, Kalil e Adélia – pela compreensão por toda a negligência, decorrente da longa jornada de estudos e trabalho; a meu pai, ainda, agradeço a acurada revisão do texto.

Agradeço muito ao querido professor Paulo Gustavo Gonet Branco, que, por sua orientação suave e paciente e pelas lições luminosas, fez com que o percurso chegasse a bom termo. Em sua pessoa, agradeço ainda aos professores do Instituto Brasiliense de Direito Público, assim como aos colegas do programa de Mestrado, com quem aprendi tanto.

Agradeço enormemente ao Senado Federal, que financiou esse período de estudos, e às pessoas que concorreram para que isso fosse possível: Doris Peixoto, então Diretora-Geral; Alberto Cascais e Rômulo Gobbi, diletos colegas de carreira, Advogado-Geral e seu Adjunto.

Agradeço aos membros da banca de dissertação, Professores Doutores Ives Gandra Martins Filho e Paulo José Leite Farias, pelas preciosas considerações, críticas, sugestões e indagações. A sua participação, como avaliadores, enobrece o resultado deste trabalho.

Finalmente, mas ainda mais importante, agradeço a Deus e à Santa Igreja. O Evangelho imortalizou a máxima segundo a qual onde está o seu tesouro, aí estará o seu coração. O texto que vai adiante, indigno embora, é uma amostra do que está em meu coração.

No mundo ocidental domina amplamente a opinião de que só a razão positivista e as formas de filosofia dela derivantes sejam universais. Mas as culturas profundamente religiosas do mundo veem precisamente nesta exclusão do divino da universalidade da razão um ataque às suas convicções mais íntimas. Uma razão, que diante do divino é surda e rejeita a religião do âmbito das subculturas, é incapaz de se inserir no diálogo das culturas.

Papa Bento XVI, discurso na Universidade de Ratisbona.

RESUMO

Esta dissertação trata do estatuto dos direitos referentes à religião na ordem constitucional brasileira, refletindo acerca das relações jurídicas entre Estado, sociedade e religião. O trabalho parte dos conceitos de multifuncionalidade e de dimensão objetiva dos direitos fundamentais, para chegar a uma compreensão da liberdade religiosa não somente em seu aspecto de defesa, mas como direito fundamental à religião: feixe de direitos que compreende liberdades, prestações jurídicas e materiais, garantias de participação e a atribuição de valor jurídico e axiológico à religiosidade. Nesse sentido, analisa-se a laicidade estatal diante desses pressupostos e em vista da relevância histórica e social do fenômeno religioso. A dissertação realiza, adiante, pesquisa empírica, com uso da técnica da análise de conteúdo, para examinar em que medida o Supremo Tribunal Federal percebe a liberdade religiosa e os direitos referentes à religião. Observa-se, por consequência, a adoção de um perfil de viés laicista nas decisões da Corte Constitucional.

Palavras-chave: direito fundamental à religião; liberdade religiosa; laicismo.

ABSTRACT

This dissertation discusses the status of the rights on religion in Brazilian constitutional order, reflecting about the legal relations between state, society and religion. The work evolves from the concepts of multifunctionality and objective dimension of fundamental rights, to reach an understanding of religious freedom not only in its defensive aspect, but as a fundamental right to religion: rights comprising freedoms, legal and material services, guarantees of participation and the allocation of legal and axiological value to religiosity. In this sense, it analyzes secularism on these assumptions, and in view of the historical and social importance of the religious phenomenon. The dissertation carries out empirical research, using content analysis technique to examine to what extent the Supreme Court perceives the religious freedom and rights relating to religion. It is observed, therefore, the adoption of a hard secularist bias profile in the decisions of the Constitutional Court.

Keywords: fundamental right to religion; religious freedom; secularism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
I - SOCIEDADE, RELIGIÃO E ESTADO	21
1) <i>A religião na Cidade Antiga.....</i>	<i>21</i>
2) <i>A influência do cristianismo e sua relação com o Estado durante a Cristandade.....</i>	<i>24</i>
3) <i>A modernidade e os tempos atuais.....</i>	<i>34</i>
II - O DIREITO FUNDAMENTAL À RELIGIÃO.....	43
1) <i>Direitos Fundamentais: relevância, histórico, objeto.....</i>	<i>43</i>
2) <i>A Perspectiva Objetiva dos Direitos Fundamentais.....</i>	<i>52</i>
3) <i>Dos quatro status à multifuncionalidade e à unicidade dos direitos fundamentais.....</i>	<i>58</i>
4) <i>A religião no espaço público e sua caracterização como valor social.....</i>	<i>69</i>
5) <i>O direito fundamental à religião no direito brasileiro.....</i>	<i>76</i>
a) <i>Histórico das relações entre Igreja e Estado e dos direitos referentes à religião no Brasil.....</i>	<i>76</i>
b) <i>Da liberdade religiosa ao direito fundamental à religião.....</i>	<i>82</i>
c) <i>Regime constitucional do direito fundamental à religião no Brasil.....</i>	<i>84</i>
d) <i>Proposta de síntese.....</i>	<i>92</i>
III - O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À RELIGIÃO.....	94
1) <i>O caso das células-tronco.....</i>	<i>95</i>
a) <i>Breve síntese da ação.....</i>	<i>95</i>
b) <i>A questão da religião no julgamento da ADI 3.510.....</i>	<i>100</i>
2) <i>O caso das uniões homoafetivas.....</i>	<i>105</i>
a) <i>Síntese da ação.....</i>	<i>105</i>
b) <i>A questão da religião na ADPF 132.....</i>	<i>110</i>
3) <i>O caso da anencefalia.....</i>	<i>114</i>
a) <i>Breve síntese da ação.....</i>	<i>114</i>
b) <i>A questão da religião na ADPF 54.....</i>	<i>119</i>
CONCLUSÃO	124
REFERÊNCIAS	130

INTRODUÇÃO

A religião é uma força viva em nossa sociedade. Força que orientou a formação dos valores e da cultura¹ da civilização ocidental e que exerce grande influência sobre mentes e corações. Força que se exprime, ainda, de modo ostensivo na caridade, na ajuda aos desamparados, no conforto espiritual dos moribundos e de seus familiares, na celebração de ritos sociais – como o casamento e o batismo. Enfim, em uma gama de atividades e de eventos cuja importância não deve ser subestimada.

O fenômeno religioso é, assim, parte fundamental da vida dos povos ou das nações – elemento constitutivo do Estado, juntamente com o território e o poder (ou a soberania), segundo a classificação ordinariamente aceita, formulada por Georg Jellinek².

A população de um Estado compreende indiscutivelmente sua essência mais importante, pois o território e a autoridade estatal devem servir ao povo e é só por causa dele que o esclarecimento das relações jurídicas se faz necessário. Sem povo não existe Estado³.

Nada obstante, vive-se uma era de laicidade ou de neutralidade estatal. Possa embora a população ter religião, o Poder Público (a autoridade estatal) é neutro em matéria religiosa, conservando-se equidistante (se isso é possível) em relação às diversas religiões. Fala-se, assim, no âmbito dos direitos fundamentais, da proteção à liberdade religiosa.

O direito à liberdade religiosa figurou entre os direitos fundamentais de primeira geração (os primeiros proclamados), associados em geral à abstenção do Poder Público de interferir na esfera do indivíduo. A primeira geração refere-se principalmente aos direitos de defesa – ou seja, aqueles que demarcam “*uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder*”⁴.

¹ Vocábulo cuja etimologia encontra raiz comum, no latim, com a palavra culto.

² JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Buenos Aires: Editorial Albatroz, 1973. pp. 295 e ss.

³ DOEHRING, Karl. **Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 45.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 55.

Essa perspectiva, entretanto, não aprecia de forma bastante a importância cultural e social do fenômeno religioso – isso para não tratar, evidentemente, de sua relevância em aspectos metafísicos, que fogem ao escopo da presente dissertação.

Com efeito, a religião é parte essencial da formação cultural de um povo, bem como do indivíduo considerado singularmente. A população brasileira é, em quase sua totalidade, crente, e seguramente direciona os atos de sua vida, em maior ou menor intensidade, de acordo com os princípios religiosos que adota.

Na Europa, a demanda por um direito de liberdade de religião surge com a Reforma. Antes, não haveria sentido em falar do tema, dado que todo o Ocidente professava a mesma fé, e falava-se então em uma só Cristandade. Embora os Estados confessionais, pelos princípios da Paz de Vestefália, tenham podido impor a crença do príncipe aos súditos, inicia-se a partir daí a caminhada em direção a um aprofundamento da liberdade – inicialmente como tolerância religiosa⁵.

A quebra da unidade da Cristandade, a Reforma e a Contra-reforma abriram profundas fissuras individuais e políticas, perseguições e guerras político-religiosas (...). Todavia, também a muitos mostraram que a possibilidade de professar sem constrangimentos a sua própria fé e de praticar os respectivos actos de culto era um valor insubstituível (...)⁶.

A liberdade religiosa, como um direito subjetivo, tem nascedouro remoto e já está contida na Primeira Emenda à Constituição norte-americana, e timidamente ensaiada no artigo 10 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França revolucionária.

Vê-se, portanto, tratar-se de direito que emerge junto com os primórdios da positivação de certos direitos subjetivos, precisamente no momento histórico em que se materializa uma transição da perspectiva objetiva do direito para a perspectiva jurídica subjetiva (individualista) inaugurada pelo humanismo e pelo Iluminismo.

O direito natural não é mais uma medida e sim uma liberdade. Em vez de integrar os homens entre si, formando a sociedade, e subordinando esta a Deus, pelo predomínio da lei eterna (...) veio essa concepção do direito natural reduzir o direito, do âmbito da pessoa ao âmbito do indivíduo, concebendo o direito apenas como um poder e não como uma regra e jogando direitos individuais contra direitos coletivos e direito humano contra direito divino. Era a concepção nominalista do direito (...)⁷.

⁵ OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino. **A Proteção Constitucional do Direito à Liberdade de Religião**. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 48.

⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 20.

⁷ LIMA, Alceu Amoroso de. **Introdução ao Direito Moderno**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, Loyola, 2001. pp. 153-154.

Em virtude dessa individualização, deu-se primazia a uma perspectiva negativa do citado direito: liberdade individual em face de eventual coação estatal.

Verifica-se, entretanto, na prática social brasileira que os debates que envolvem valores caros às religiões dominantes – abordados ou não sob a perspectiva religiosa – movimentam de forma intensa a opinião pública, geram dissensos morais razoáveis, chegando, por vezes, a influir nas escolhas dos eleitores e nas ações do Poder Público.

Ora, uma teoria da liberdade de religião que se limita a advogar a sua dimensão subjetiva e negativa não corresponde de modo adequado ao estágio atual do desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, porque não consegue compreender de forma ampla o fenômeno religioso e a sua interação com o direito e com a sociedade.

(...) As teorias científicas são conjecturas que se apresentam como estruturas, que fornecem explicações tanto para as regularidades como para as irregularidades da natureza. Estas estruturas engendram programas de pesquisa, onde novos fatos são incorporados ao campo de explicação, e este tende a ser sempre ampliado, até que esbarra em ocorrências que não podem ser explicadas pela teoria. O acúmulo destas ocorrências pode provocar crises na teoria e, então, surgem novas conjecturas que tentam dar conta das discrepâncias⁸.

Desse modo, a abordagem da liberdade religiosa sob uma perspectiva que atribua maior valor à dimensão (ou perspectiva, como prefere Ingo Sarlet) objetiva dos direitos fundamentais resulta na atribuição de valor axiológico à religiosidade, que passa a ser vista não apenas como mero objeto de tolerância estatal, mas como genuíno bem jurídico a ser tutelado pelo ordenamento jurídico e pelo corpo social. Noutra giro, essa perspectiva parece se adequar melhor ao estágio atual que a religião ostenta na vida política e social.

Desse modo, a presente pesquisa adota teoricamente a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e a multifuncionalidade dos mesmos direitos como construtos que dão embasamento à análise do grau de proteção e de participação oferecido pela Justiça ao direito fundamental à religião em questões sensíveis.

A definição teórica e conceitual é um momento importante da elaboração do projeto científico. É sua base de sustentação e rigor, orientando as formas de análise do objeto. Envolve escolhas

⁸ MATALLO, Heitor, Jr. *A problemática do conhecimento*. In: CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. **Construindo o saber: Metodologia Científica - fundamentos e técnicas**. Campinas: Papirus Editora, 1994 (pp. 13-29), p. 27.

e mesmo concordância ideológica do pesquisador com as explicações contidas no quadro teórico apresentado⁹.

A questão nasce a partir da percepção – inicial, a ser verificada – de que em questões como estas – referentes à religiosidade popular e aos valores morais e religiosos de parcela sensível da população – as decisões judiciais são tomadas a partir de uma perspectiva que não atribui peso ao direito à religião, ao menos aparentemente. Naturalmente, esta compreensão preliminar situa-se no campo de uma conjectura que depende de pesquisa adequada para que se demonstre sua resistência ao teste de falseabilidade.

Uma teoria que pretende ser empírica, ou seja, que reivindica fazer asserções sobre o mundo real, factual, deve, em princípio, ser refutável. A capacidade que uma teoria tem de poder colidir com a realidade é a medida que temos para afirmar que tal teoria é informativa, que ela nos diz algo sobre a realidade.¹⁰

De fato, a pesquisa jurídica de caráter acadêmico, por apresentar pretensão de cientificidade, deve estar exposta à possibilidade de falseamento. A empiria volta-se justamente à crítica da teoria formulada, a fim de testar a resistência das explicações desenvolvidas teoricamente.

A resistência aos erros pode servir de indício da utilidade ou estabilidade de um modelo teórico, sem, contudo, implicar em qualquer juízo definitivo acerca da sua veracidade. A ciência se legitima pelo processo, e está em constante desenvolvimento. O autoritarismo na ciência empírica revela-se na ideia de que é possível demonstrar ou provar uma teoria, enquanto uma ideia mais humilde e crítica preconiza que se deve buscar testá-la.¹¹

Assim, uma das tarefas essenciais da epistemologia é a de revelar a processualidade das ciências. Em outros termos, a função da epistemologia consiste, entre outras atribuições, em mostrar que a atividade científica é um produto humano e, por isso, uma realidade sócio-histórica. Por definição, a atividade científica encontra-se em estado de constante inacabamento.¹²

⁹ DESLANDES, Suely Ferreira. *O projeto de pesquisa como exercício científico e artesanato intelectual*. In: DESLANDES, Suely Ferreira. GOMES, Romeu. MINAYO, Maria Cecília de Souza(org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007. p. 44.

¹⁰ CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. *A construção do saber científico: algumas posições*. In: CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de (org.). **Construindo o saber: Metodologia Científica - fundamentos e técnicas**. Campinas: Papirus, 1994, p. 69.

¹¹ POPPER, Karl. **O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade**. Lisboa: Edições 70, 1996. p. 123.

¹² JAPIASSU, Hilton. **O mito da neutralidade científica**. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1975. p. 26.

Dessa forma, o tema da pesquisa desenvolvida volta-se para o direito fundamental à religião – denominação que parece mais adequada à perspectiva utilizada – e a sua preservação pelo Poder Público no País.

Seu objetivo geral é *refletir sobre as relações entre Igreja, Sociedade e Estado no direito constitucional brasileiro e as imbricações daí decorrentes, notadamente quanto à presença e do peso atribuído ao direito fundamental à religião nas decisões públicas que afetem de forma sensível os interesses religiosos*. Tal objetivo se justifica enquanto resultado intelectual a ser obtido, e como propósito da investigação.¹³

A formulação do problema, por seu turno, obedece à necessidade de observância de alguns critérios de cientificidade: buscou-se relacionar variáveis (construtos) controláveis entre si, em forma interrogativa, permitindo-se o seu teste efetivo – ou seja, expondo-se a questão à falseabilidade. Desde logo, sublinha-se que serão necessários recortes metodológicos significativos, o que, contudo, não parece enfraquecer substancialmente a pesquisa.

Três critérios de bons problemas de pesquisa e proposições de problemas podem ajudar-nos a compreender problemas de pesquisa. Primeiro, o problema deve expressar uma relação entre duas ou mais variáveis. Pergunta: “A está relacionado com B?” “Como A e B estão relacionados com C?” Embora haja exceções neste critério, são raras. Segundo, o problema deve ser apresentado em forma interrogativa. A interrogação tem a virtude de apresentar o problema diretamente. No exemplo de Hurlock, dado acima, o problema é apresentado diretamente pela pergunta sobre a relação entre incentivos e desempenho.

O terceiro critério é mais complexo. Exige que o problema seja tal que implique possibilidades de testagem empírica.¹⁴

Desse modo, o problema de pesquisa a ser respondido é: *em que medida a dimensão objetiva do direito fundamental à religião e as suas funções de prestação e de participação são efetivamente levadas em consideração pelo Supremo Tribunal Federal nas decisões judiciais sensíveis?*

A formulação, embora ampla, não representa óbice ao processo de pesquisa. Há dois construtos que se compõem (a dimensão objetiva do direito de liberdade religiosa e a multifuncionalidade desse mesmo direito) em uma construção teórica integrada, que, por sua vez, será o critério de escrutínio da atuação do Poder Judiciário – mediante adequado recorte

¹³ DESLANDES. Op. Cit. p. 45.

¹⁴ KERLINGER, Fred N. *Problemas, Hipóteses e variáveis*. In: KERLINGER, Fred. N., **Metodologia da pesquisa em ciências sociais: um tratamento conceitual**. Tradução: Helena Mendes ROTUNDO. São Paulo: EPU, 1980, p. 36.

metodológico, que possa identificar os temas sensíveis que tenham sido sujeitos a debates recentes.

Devidamente formulado o problema, é preciso formular uma hipótese de resposta, o que permite que se teste a realidade mitigando-se os efeitos das distorções causadas, no pesquisador, em decorrência de seus preconceitos e predileções; assim, a hipótese reveste-se da função de preservar a objetividade da pesquisa.

As hipóteses são muito mais importantes na pesquisa científica do que parece, quando se considera apenas o que são e como são constituídas. Elas têm o objetivo profundo e altamente significativo de tirar o homem de si mesmo, por assim dizer. Isto é, sua formulação apropriada e seu uso capacitam o homem a testar aspectos da realidade com um mínimo de distorção causada por suas predileções. Elas são uma parte da metodologia da ciência associada ao critério de objetividade (...). Isto quer dizer que as hipóteses são uma ferramenta poderosa para o avanço do conhecimento porque, embora formuladas pelo homem, podem ser testadas e mostradas como provavelmente corretas ou incorretas a parte dos valores e crenças do homem.¹⁵

A hipótese formulada para a resposta ao problema é que *o Poder Judiciário frequentemente ignora os direitos referentes à religião em sua dimensão objetiva e em suas múltiplas funções, preocupando-se apenas com o aspecto negativo (ou de defesa) da liberdade religiosa*. Ou, em outras palavras, em casos difíceis que envolvem a apreciação de questões morais e religiosas sensíveis, a religião não desempenha papel relevante nos fundamentos da decisão tomada pelo Poder Público e, ainda mais, é intencionalmente excluída do âmbito de discussão.

A abordagem do problema formulado deve seguir a associação entre a pesquisa bibliográfica – inevitável à ciência jurídica – por meio da qual serão desenvolvidas as categorias teóricas a serem submetidas à pesquisa empírica para fins de verificação da hipótese.

El método puede ser definido como el procedimiento teórico a través del cual se establecen los conceptos e sus relaciones entre sí o, dicho de otro modo, el procedimiento a través del cual se construye un objeto teórico.¹⁶

Em primeiro lugar, convém destacar a necessidade de severos recortes metodológicos, já que as duas variáveis que se pretendem verificar são demasiado amplas.

¹⁵ KERLINGER. Op. Cit. pp. 39-40.

¹⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Regla y Compas, o metodologia para un trabajo juridico sensato*. In: COURTIS, Christian. **Observar la ley: Ensayos sobre metodologia de la investigacion jurídica**. Madrid: Trotta, 2009, p.48.

O primeiro recorte se dará quanto ao campo do direito à religião. A necessidade de limitação (recorte) nesse campo diz respeito à delimitação da prova do problema: havendo inúmeras crenças na sociedade brasileira, delimitar casos sensíveis para todas seria um trabalho hercúleo, seguramente invencível dentro dos limites de tempo e de recursos disponíveis para pesquisa.

Assim, decidiu-se limitar o trabalho à perspectiva da Igreja Católica. Há boas razões a justificar a decisão, embora certamente não imunes a eventuais críticas.

Em primeiro lugar, a religião católica é majoritária no país. Esse ponto serve de reforço argumentativo quando se vierem confrontar eventuais casos paradigmáticos em que se apreciará o grau de proteção oferecido pelo Estado à liberdade de religião, e confere legitimidade à pretensão de tutela justa da religiosidade.

Ademais, e aqui repousa um fundamento bastante relevante, o fato de tratar-se de culto majoritário evita o ingresso, na discussão, de variáveis outras não diretamente ligadas ao objeto de discussão (como a proteção de minorias, por exemplo).

Em segundo, a religião católica forma um corpo uno de doutrina e moral, expressos de forma bem documentada em cartas e outros instrumentos escritos, além de submeter-se a uma autoridade una. Esse ponto é um facilitador da pesquisa, no que tange às posições religiosas, às questões sensíveis, aos debates que mais interferiram com a doutrina da Igreja.

Em terceiro, embora relacionado ao anterior, a religião católica colaborou, ao longo dos séculos, na edificação do próprio conceito de liberdade religiosa, e tem conteúdo doutrinário próprio e extenso sobre a matéria, em que se distinguem a liberdade, a tolerância, e o papel do Estado acerca do tema. Finalmente, a utilização da referência da doutrina católica serve bem ao propósito de demonstrar a relevância social da dissertação a ser desenvolvida, dado o alcance do objeto.

O segundo recorte metodológico diz respeito à verificação da atuação do Poder Judiciário. A menção à categoria é, da mesma forma, demasiado ampla. Há necessidade de definir concretamente que órgão de decisão será avaliado, e por quê.

Aqui, decidiu-se dar primazia às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Essa delimitação permite afirmar a relevância dos temas debatidos – porque se trata, em todos os casos, de decisões de grande alcance.

Além disso, a análise de julgamentos em sede de controle concentrado de constitucionalidade permite amplo acesso às fontes e maior transparência no trabalho de pesquisa, visto que o inteiro teor de petições, votos, decisões e acórdãos está disponível na rede mundial de computadores. Há, portanto, grandes vantagens operacionais em referência à técnica de pesquisa empregada.

Quanto aos casos eleitos, procedeu-se da seguinte forma. Em pesquisa de jurisprudência, foram escolhidos termos de pesquisa que pudessem contemplar o interesse do objeto desse trabalho.¹⁷ Uma vez efetuada a pesquisa, se obtiveram vinte e três retornos, que foram filtrados pelos seguintes critérios: 1) exclusão daqueles que não se referiam propriamente à religião, mas apenas faziam menção ao vocábulo (em geral, por citação à lei que trata do preconceito, mas tendo por assunto outras formas de discriminação); 2) exclusão dos casos que não se enquadravam no recorte temático; 3) exclusão de casos anteriores ao ano de 1988, data de vigência do atual regime constitucional.

Com isso, o número de acórdãos foi reduzido sensivelmente, sem perda quanto aos fins do presente trabalho, considerando o adequado direcionamento do esforço de pesquisa. Assim, operadas as exclusões pertinentes, os casos selecionados serão submetidos à análise.

Apesar de bastante limitado, desde logo, o campo de pesquisa, ainda se tem um espectro bastante amplo de decisões, que permitirá verificar em que medida a religião é levada em conta nas decisões do STF.

A técnica utilizada consistirá em pesquisa documental – com análise de conteúdo – sobretudo a partir de fontes primárias: inteiro teor de petições e de acórdãos em processos judiciais, bem como na pesquisa bibliográfica (doutrinária), que servirá de suporte teórico para as verificações empíricas a serem desenvolvidas.

Método é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar a adequação das explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, ao passo que técnica é o conjunto dos instrumentos, variáveis conforme os objetos e temas.¹⁸

¹⁷ Foram lançados os termos “RELIGIÃO” (conforme o thesouro do STF) ou “laic\$”, permitindo o máximo de retornos na área citada.

¹⁸ FERRAZ, Tércio Sampaio, Jr. *A ciência do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980. p. 11.

A técnica de análise de conteúdo permite uma avaliação mais aprofundada da percepção dos atores políticos acerca de temas relevantes da sociedade, além de possibilitar o teste da hipótese, conferindo maior cientificidade à pesquisa jurídica.¹⁹

Partimos da premissa de que os processos judiciais podem contribuir como fonte de dados para a pesquisa jurídica, mas desde que questões como poder e interpretação estejam envolvidas nas análises do material. A análise de conteúdo, que trabalha com a palavra, seja quantitativa ou quantitativamente, permite produzir inferências do conteúdo da comunicação deste importante documento da pesquisa jurídica.²⁰

Assim, a partir dos casos observados, serão analisados os discursos motivadores das decisões, buscando-se vislumbrar – pelo texto e pelo contexto – as razões de decisão, bem como verificar, neste sentido, como são vistas as demandas religiosas pelos atores políticos examinados, permitindo-se a confirmação ou o falseamento da hipótese.²¹

A dissertação deverá obedecer ao seguinte itinerário.

No primeiro capítulo, são tratadas, de forma ampla e despretensiosa, as relações entre sociedade, religião e Estado, no curso da história. O enfoque é voltado à constituição de um contexto que demonstre o papel da religião na sociedade e suas múltiplas interações com o Estado no Ocidente, e sobretudo a partir do cristianismo.

Trata-se do texto de menor conteúdo jurídico da obra, e, no entanto, pareceu indispensável acrescentá-lo a guisa de uma introdução geral ao cerne da pesquisa jurídica. Isso porque não se poderia falar da relevância do fenômeno religioso ou da dimensão objetiva do direito fundamental à religião sem antes buscar expor de que modo a religião cooperou na construção do pensamento e da cultura – geral e jurídica – de nossa civilização e, em particular, de nosso País.

Buscou-se, no ponto, dar relevo ainda aos conflitos e alianças entre religião e Estado, existentes desde sempre, e seus contornos mais relevantes e dramáticos no curso da história.

Theodore Dalrymple bem descreve como a fragilidade da civilização é uma das grandes lições de nosso tempo. Em brevíssimo tempo, caíram as ilusões de que a humanidade

¹⁹ XIMENES, Julia Maurmann. **LEVANTAMENTO DE DADOS NA PESQUISA EM DIREITO – a técnica da análise de conteúdo**. Trabalho apresentado no XX Congresso Nacional do CONPEDI, . Vitória: 2011.

²⁰ Ibidem. pp. 2-3.

²¹ POPPER. Op. Cit.

caminhava em uma marcha intrépida rumo a um paraíso terrestre; os horrores das guerras mundiais, do nazismo, do socialismo e das guerras africanas demonstraram a gratuidade e a *banalidade do mal*.²² Essa mesma frivolidade, segundo o autor, se vê diariamente na sociedade britânica (e, por sua descrição, poderia ser perfeitamente extensível ao Brasil), causada pela perda de um sentido de deveres sociais – a ideia de pleno direito sem correspondentes obrigações, associada ao estado de bem-estar social que formaria pessoas “mimadas”.²³ Nesse cenário, deveras sombrio e repleto de incertezas, o papel de agregação de valores e de costumes, além da alteridade e da empatia que podem advir da religiosidade, torna útil a reflexão acerca de sua história e de sua relevância.

O segundo capítulo consistirá no núcleo teórico da dissertação. É nesta parte do trabalho que se desenvolvem todos os construtos teóricos e jurídicos que servem de fundamento para a teoria do direito fundamental à religião, ora defendida.

Inicialmente, pretende-se abordar, de modo geral, uma breve introdução à teoria dos direitos fundamentais adotada, que, embora inspirada na doutrina jurídica corrente, também tem alguns aspectos de originalidade. Aqui, deve-se destacar a relevância, histórico e objeto dos direitos fundamentais.

Em sequência, passa-se ao desenvolvimento dos operadores jurídicos usados como marco teórico do trabalho. Trata-se da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que permite afirmá-los como bens jurídicos a serem lidos como valores e finalidades a serem alcançadas pelo Poder Público por meio de políticas públicas, bem assim da multifuncionalidade (e da unitariedade) dos direitos fundamentais, desde Jellinek a autores mais recentes, para realçar aspectos de prestação e de participação nos direitos fundamentais. Em relação à religiosidade, utilizar-se-á certa perspectiva comunitarista para demonstrar a sua relevância enquanto um valor jurídico-social. Será necessário, ainda, abordar a questão do papel da religião na sociedade e de seu espaço na esfera pública, retomando célebre discussão acadêmica.

Lançadas as bases, esses conceitos serão aplicados ao feixe de direitos relativos à religião – tanto de um modo geral como, em seguida, em face do texto concreto de nossa Constituição vigente; proceder-se-á, entretanto, a um breve estudo acerca da liberdade

²² ARENDT, Hannah. *A vida do espírito*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009. pp. 17-18.

²³ DALRYMPLE, Theodore. *Our culture, what's left of it*. Londres: Monday Books, 2010. Ebook Kindle. pos. 199 e ss.

religiosa na história das Constituições brasileiras. A partir desse tópico, portanto, pretende-se delinear o formato do direito fundamental à religião no direito brasileiro, tão inteiramente quanto possível para os limites da presente obra.

O terceiro capítulo representa o cotejo das balizas teóricas anteriormente fixadas com a práxis jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal nos casos selecionados, mediante aplicação da técnica de pesquisa descrita. Serão abordados os julgamentos, um a um, com um resumo dos votos e eventos relevantes, seguido de uma análise quanto às suas implicações para o direito fundamental à religião.

É nessa parte do trabalho que se pretende, portanto, verificar em que medida as decisões judiciais estão em linha com a adoção de uma compreensão mais ou menos aberta à questão religiosa como um valor constitucional.

Finalmente, ultimada a análise empírica, poder-se-á chegar à conclusão do trabalho.

I

SOCIEDADE, RELIGIÃO E ESTADO

1) A religião na Cidade Antiga

A aurora da civilização ocidental (gregos e romanos) tem por marco o surgimento de antigas crenças, que perduraram como costume e como cultura por muitíssimos anos. Fustel de Coulanges demonstra que religião, família, propriedade e política tem um mesmo processo de nascimento, cujo cerne repousa no culto aos antepassados.²⁴

Os homens antigos, movidos por algum impulso ao sobrenatural, creram que os seus mortos não perdiam a alma, nem conheciam a decomposição, mas passavam a uma nova vida sob a terra, razão pela qual necessitavam de sepultura adequada, obedecidos os ritos próprios, e de alimentos correspondentes às suas necessidades. E mais, que a morte lhes atribuía um caráter divino – lares e penates – independente de sua conduta terrena.²⁵

Se o morto esquecido era criatura malfazeja, o honrado era um deus tutelar, que amava aqueles que lhe ofereciam alimentos. Para protegê-los, continuava a tomar parte nos negócios humanos, desempenhando muitas vezes a sua parte. Embora morto, sabia ser forte e ativo. Dirigiam-lhe orações, pedindo-lhe favores e auxílio. Quando encontravam um túmulo, detinham-se e diziam: “Tu, que és um deus sobre a terra, sê-me propício”.²⁶

Ao culto dos mortos juntou-se o culto ao fogo sagrado, crença compartilhada pelos árias que formaram o povo grego, romano e hindu. O fogo sagrado produzia-se segundo um rito próprio, especial, familiar, em um altar permanente e que nunca deveria ser apagado, no interior da casa. Altar que não era exposto a terceiros, mas apenas aos familiares. O fogo e os deuses lares tornam-se uma mesma crença sobrenatural, com frequente confusão de sentidos: “os descendentes, quando falavam do fogo sagrado, lembravam constantemente o nome do antepassado”.²⁷

Pode-se, pois, pensar que o fogo doméstico, na origem, nada mais foi que o símbolo do culto dos mortos; que sob a pedra da lareira repousava um

²⁴ FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denis. **A Cidade Antiga**. São Paulo: EBooksBrasil, 2006. 774 p. Disponível em www.ebooksbrasil.org. Acesso em 15 de janeiro de 2015.

²⁵ Ibidem. pp. 18; 27-28.

²⁶ Ibidem. p. 31.

²⁷ Ibidem. p. 45.

antepassado; que o fogo ali se acendia para honrá-lo; e que esse fogo parecia mantê-lo vivo, ou representava sua alma imortal.²⁸

Em virtude do culto aos antepassados e do fogo doméstico, a religião era familiar e a família era estruturada em volta da religião. O chefe da família era o sacerdote, responsável pelas orações e pelos ritos. O casamento representava a passagem da mulher para a religião e para a família do marido, abandonando a sua religião doméstica e seus deuses penates. “Essa religião ensina ao homem que a união conjugal é algo mais que uma relação de sexos e uma afeição passageira, unindo os cônjuges pelo laço poderoso do mesmo culto e das mesmas crenças”.²⁹ Há um dever de prosseguimento da linhagem, a fim de que o culto dos antepassados nunca cesse e o fogo doméstico nunca se apague.

A relação da família e dos parentescos se dá pela agnação, que diz respeito à possibilidade de herança do culto familiar. A propriedade está indelevelmente marcada, nesses primórdios de civilização, com a sepultura dos mortos e com o fogo do altar. Assim, a herança não se dissocia do dever de prosseguimento da família – e, por isso, a propriedade pode ser vista, também, como um elemento decorrente da religião antiga. A terra é sagrada porque nela descansam as almas dos deuses lares. A inviolabilidade da propriedade era um direito sagrado.

Há três coisas que, desde as mais antigas eras, encontram-se fundadas e solidamente estabelecidas nas sociedades grega e itálica: a religião doméstica, a família, o direito de propriedade; três coisas que tiveram entre si, na origem, uma relação evidente, e que parecem ter sido inseparáveis.

A ideia de propriedade privada fazia parte da própria religião. Cada família tinha seu lar e seus antepassados. Esses deuses não podiam ser adorados senão por ela, e não protegiam senão a ela; eram sua propriedade exclusiva.³⁰

Esses três elementos: religião, família e propriedade privada, são pilares sobre os quais se constrói a civilização ocidental. A partir da ideia de família – formada para o culto – surge a família ampliada, a *gens*, com deuses protetores e cultos próprios; com deveres recíprocos entre os seus integrantes, inclusive no que tange ao direito e ao processo judicial.³¹ E, a partir das *gens*, novos agrupamentos políticos surgiram, edificando a cidade.

²⁸ Ibidem. p. 45.

²⁹ Ibidem. p. 67.

³⁰ Ibidem. p. 88.

³¹ Ibidem. p. 157.

Desse modo, toda a cidade antiga estruturou-se em volta do culto aos deuses, e o modo de vida girava em torno da religião: “*segundo parece, as leis régias não eram mais do que regras costumeiras, sobretudo de caráter religioso, que foram compiladas nos fins da república ou no início do principado.*”³²

A importância da terra, da propriedade, das posições familiares, do direito, da sucessão, enfim, de todos os aspectos da vida doméstica e social estavam vinculados ao dever de manter o culto e de honrar aos antepassados. A própria organização política, nestes tempos quase imemoriais, era consequência da religião.

A cidade havia sido fundada como uma religião, constituindo-se como uma igreja. Daí sua força, daí também sua onipotência, e o império absoluto que exercia sobre seus membros. (...) A religião, que dera origem ao Estado, e o Estado, que sustentava a religião, apoiavam-se mutuamente, sustentavam-se um ao outro, e formavam um só corpo.³³

A importância da religião em Roma pode ser compreendida a partir da *pietas*, a noção de obediência e de devoção que liga os membros de uma comunidade familiar entre si e pelo culto dos antepassados. Quando, já nos tempos de Augusto, Virgílio escreve a epopeia da fundação de Roma, para exaltar o espírito romano, o seu herói tem por característica maior a piedade.³⁴

Ora, Enéias é piedoso, pois a sua atitude é de temente e obediente aos deuses, e de cumpridor dos rituais sagrados, atitude devidamente comprovada no curso da narrativa – veja-se o ritualístico Livro V, por exemplo –, mas já testada no Livro II (v. 717-720), quando o herói se recusa a levar em suas mãos os Penates de Tróia, pois se encontrava sujo de poeira e sangue da guerra travada contra os invasores argivos. Impuro, ele se encontrava proibido de tocá-los (*me.../ attrectare nefas*, v. 718-719). É, pois, na condição de piedoso, que Enéias deveria fundar uma nova Tróia, limpando a anterior de sua mancha, do seu erro.³⁵

Desse modo, a cultura pagã da civilização ocidental já transbordava religiosidade – que havia sido cultivada a partir do culto dos antepassados desde tempos imemoriais e que prosseguiu na forma de crenças diversas, e sobretudo na forma de um valor social que expressava um senso de dever e de devoção aos deuses, à família e à pátria, que se identifica, em Virgílio, com a piedade.

³² MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 12.

³³ FUSTEL DE COULANGES. Cit. p. 352.

³⁴ VIRGÍLIO. **Eneida**. Tradução de Odorico Mendes. Cotia, SP: Ateliê Editorial, 2005. 315p.

³⁵ MARQUES JR., Milton. *Honra, Glória, Destino e Piedade: introdução à épica clássica*. In: **Graphos**. João Pessoa, v. 9, n. 2, 2007. p. 26.

2) A influência do cristianismo e sua relação com o Estado durante a Cristandade.

O surgimento do cristianismo é um divisor de águas na história do Ocidente. Embora a cultura pagã se estruturasse em torno da religião, a religiosidade pagã era exclusivista: cada família tinha seus deuses, sendo vedado o acesso de um estranho ao culto familiar; cada cidade, cada povo, também tinha seu fogo e seus deuses tutelares, que somente protegiam aquela comunidade³⁶.

Havia religião em todo o tecido social e político, em toda a estruturação da família e do direito; contudo, havia multiplicidade de religiões, tantas quanto havia famílias, e *gens*, e *fratrias*, e cidades, etc.

A religião cristã não é apenas a religião de um Deus único e de um Deus ciumento – como já era a hebraica. A revolução do cristianismo está em sua universalidade^{37 38}. O seu Fundador determinou aos discípulos que fossem pelo mundo como pregadores, e fizessem batizados entre todos os povos, “de sorte que não há distinção entre judeu e grego, pois ele é Senhor de todos, rico para todos que o invocam”³⁹.

A pretensão do cristianismo à universalidade fez com que a religião cristã jamais se adaptasse em estar ao lado de outros cultos, o que causava a antipatia romana, fosse porque os cristãos recusavam tomar parte em atos de culto aos deuses romanos (contumácia), fosse porque se recusassem a reconhecê-los (afronta à *pax deorum*)⁴⁰. Já São Paulo o proclamava, nos primórdios da religião: “um só Senhor, uma só fé, um só batismo”⁴¹.

Ouvi como os historiadores do tempo justificam as torturas dos cristãos. (...) Eles os censuram somente por não poderem suportar outra religião que não seja a deles. "Eu não tinha dúvidas, diz Plínio, o jovem, apesar de seu dogma, que não era preciso punir sua teimosia e sua obstinação inflexível": *pervicaciam et inflexibilem obstinationem*. "Não são criminosos, diz Tácito, mas são intolerantes, misantropos, inimigos do gênero humano. Há neles uma fé teimosa em seus princípios, e uma fé exclusiva que condena as crenças de todos os povos": *apud ipsos fides obstinata, sed adversus omnes alios hostile odium*. (...)

³⁶ FUSTEL DE COULANGES. Op. cit. p. 226.

³⁷ De onde vem, oportuno ressaltar, a denominação ‘católica’, que recebeu a Igreja desde os primeiros tempos.

³⁸ FUSTEL DE COULANGES. Op. cit. p. 635.

³⁹ SÃO PAULO. Epístola aos Romanos, X, 12. In: **Bíblia de Jerusalém**. São Paulo: Paulus, 2002.

⁴⁰ Sobre o tema, vide: SILVA, D. P. da. *As perseguições aos cristãos no Império Romano (séc. I-IV): dois modelos de apreensão*. **Revista Jesus Histórico**, v. 7, p. 29-44, 2011. Também MOREIRA ALVES, José Carlos. Op. cit. pp. 125-126.

⁴¹ SÃO PAULO. Epístola aos Efésios, IV, 5. In: **Bíblia de Jerusalém**. São Paulo: Paulus, 2002.

Assim, meus irmãos, o principal agravo contra os cristãos era a rigidez absoluta do seu símbolo, e, como se dizia, o humor insociável de sua teologia. Se só se tratasse de um Deus a mais, não teria havido reclamações; mas era um Deus incompatível, que expulsava todos os outros: eis porque a perseguição. Assim, o estabelecimento da Igreja foi uma obra de intolerância dogmática.⁴²

Após um longo período de perseguições – ocorridas no seio de uma sociedade romana geralmente tolerante com a diversidade religiosa – o cristianismo é, inicialmente, aceito por meio do Edito de Milão, de Constantino e Licínio, que confere liberdade religiosa aos cristãos. Mais tarde, com Teodósio, viria a religião cristã ser reconhecida como religião oficial do Império⁴³.

Entretanto, a Igreja passa, nessa quadra, por grandes provações que demonstravam, desde cedo, a dificuldade das relações com o Império. A seita do arianismo floresceu, apesar do resultado adverso no Concílio de Niceia e da aparente desaprovação papal, e encontrou no imperador Constâncio um grande benfeitor. Procurando forçar a adesão dos bispos católicos, o imperador promove grandes perseguições, impõe exílio a muitos preladados, pratica a tortura. Atribui-se ao bispo católico Ósio, que merecia então a distinção de pai dos Bispos, por haver sido o presidente de todos os concílios do período, a seguinte mensagem ao imperador, em resposta a suas ameaças:

Príncipe, acreditai em mim, que pela idade podia ser vosso avô. Achei-me no concílio de Niceia e no de Sárdica; sei o que ali se decidiu; conheço a verdade e que estais no erro. Não envieis mais vossos prefeitos e condes presidir aos concílios, e então a voz da verdade se vos fará ouvir. Não vos intrometais nas coisas da Igreja nem nos mandeis sobre pontos em que deveis ser instruídos por nós. A vós confiou Deus o Império; e a nós outros, a Igreja. Assim como o que intenta contra o império viola a lei divina, também vós evitai fazer-vos réu de um grande crime arrogando-vos o que respeita à Igreja. *Dai a César, disse Deus, o que é de César, e a Deus o que é de Deus*. Portanto, nem a nós outros é lícito ter império na terra nem vós, que sois imperador, gozais de poder nas coisas sagradas.⁴⁴

A Igreja, em seu momento de organização face ao Estado, se depara, portanto, com duas modalidades de intervenção estatal: a primeira, das perseguições advindas do

⁴² CARDEAL PIE. *A intolerância católica** (sermão pregado na Catedral de Chartres em 1841). **MONTFORT Associação Cultural**. Disponível em <http://www.montfort.org.br/index.php?secao=veritas&subsecao=religiao&artigo=intolerancia&lang=bra>. Acesso em 15/1/2015.

⁴³ RIVAUX, Pe. **Tratado de história eclesiástica**. Vol. 1. Brasília: Pinus, 2011. p. 351.

⁴⁴ RIVAUX, Pe. *Op.cit.* Vol. 1. pp. 285-286.

paganismo, que tinham por escopo a sua supressão completa; a segunda, das perseguições do imperador sob influência do arianismo, que pretendiam impor à força determinados artigos de fé que já haviam sido rejeitados pelo orbe católico (que era todo o cristianismo de então, visto que se trata de período anterior aos cismas) no Concílio Ecumênico de Niceia.⁴⁵

Nesse momento, portanto, a religião católica já ocupa o centro da civilização europeia. No entanto, a organização do Estado não assegura a inteira liberdade do exercício da mesma religião. Há uma separação entre as esferas política e espiritual, mas o Império tenta, algumas vezes, embora frequentemente sem sucesso, exercer ingerência na atividade da Igreja, especialmente no oriente – a que se denomina o fenômeno do cesaropapismo. Por outro lado, desde Teodósio não há mais liberdade de culto plena no Império, visto que se adota o catolicismo como religião oficial.

Se, porém, vê-se o Estado tentar influir na religião, o fato é que a religião foi um profundo agente transformador da sociedade e do Estado.

Étienne Gilson destaca que a ideia do curso da história para os romanos era de inevitável decadência, enquanto que para os modernos ela se apresentava como interminável progresso; para a civilização cristã, no entanto, a economia da salvação é que orienta a história e, portanto, modifica o próprio sentido do tempo. Perde-se a noção de eterno retorno, substituindo-se pela duração do tempo em sentido a um fim. Sob o ponto de vista individual, o tempo se orienta para a morte e a vida eterna, para o encontro com o Criador; sob o ponto de vista social, adquire-se a ideia de que a sociedade dirige-se, analogamente ao homem, em um crescimento espiritual até a perfeição da Jerusalém Celeste. Essa noção jamais foi abandonada pela filosofia europeia, vindo a se encontrar, mais recentemente, nos materialismos de Hegel e Marx.⁴⁶

Portanto, é por terem acreditado na Bíblia e no Evangelho, no relato da criação e no anúncio do reino de Deus que os cristãos ousaram tentar a síntese da história total. Todas as tentativas do mesmo gênero que se produziram desde então não fizeram mais que substituir o fim transcendente, que assegurava a unidade da

⁴⁵ Essa constatação deve servir – e comenta-se, aqui, apenas *en passant* – para se compreender melhor como essa pretensão ao universalismo não era exclusiva da doutrina católica ortodoxa, mas também das heresias que desde o primeiro momento surgiram. Desse modo, pode-se perceber o elevado grau de conflagração social que havia nestes conflitos religiosos, a reclamar medidas enérgicas para a preservação da paz. É nesse contexto que, defende-se, não se deve julgar precipitadamente a conduta da Igreja no julgamento das heresias e nas cruzadas que se moveram para debelá-las, como a dos Albigenses. Sobre o tema, vide: BELLOC, Hilaire. **As grandes heresias**. Rio de Janeiro: Permanência, 2009.

⁴⁶ GILSON, Étienne. **O Espírito da Filosofia Medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 471-481.

síntese medieval, por forças imanentes diversas que nada mais são que substitutos de Deus.⁴⁷

A nova fé modifica muitos aspectos da vida social. A escravidão arrefece, o Império cai, os povos invasores são, pouco a pouco, convertidos, o calendário passa a adotar como marco o nascimento de Cristo.

A conversão de Clóvis e, posteriormente, a ascensão dos carolíngios dá lugar à Renascença Carolíngia, período de enorme esforço pela educação e pela recuperação das artes liberais e das letras latinas, sob influência de Alcuíno e de outros clérigos.⁴⁸ Posteriormente, essa responsabilidade recai definitivamente sobre os monastérios – foco de enormes avanços agrícolas, de mineração, de indústria e de preservação e recuperação do conhecimento⁴⁹. Do mesmo modo, as escolas das catedrais, ou corporações de docentes, conseguem obter a proteção imperial ou papal – e, nesse sentido, têm maior destaque os favores concedidos pela Igreja – para fundar e lograr a autonomia das Universidades, com o seu método escolástico e com o rigor lógico e científico que dão forma à ciência moderna⁵⁰. Do mesmo modo, a arte e a arquitetura do medievo são essencialmente religiosas e dirigidas à contemplação do Belo, uma das emanações do Divino⁵¹.

Toda a vida social está estruturada segundo a visão religiosa de mundo. A filosofia medieval é profundamente inspirada na religião – o que não retira, *per se*, o seu valor, porque pode haver boa e má filosofia tanto segundo uma inspiração religiosa quanto fora dela:

A conclusão que se desprende desse estudo, ou melhor, o eixo que o atravessa de ponta a ponta é que tudo acontece como se a revelação judaico-cristã tenha sido uma fonte religiosa de desenvolvimento filosófico, desenvolvimento de que a Idade Média latina teria sido, no passado, a testemunha por excelência. Poderão tachar essa tese de apologética, mas, se ela é verdadeira, o fato de poder servir a fins apologéticos não a impede de ser verdadeira; se ela é falsa, não é porque se poderia fazê-la servir a esse uso que é falsa. (...) O que a colocaria, ao contrário, fora da filosofia e fora da própria história da filosofia seria sustentar que, se é verdadeira, tudo o que sofreu, direta ou indiretamente, a influência de uma fé

⁴⁷ Ibidem. p. 480.

⁴⁸ LE GOFF, Jacques. **As raízes medievais da Europa**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010. pp. 60-61.

⁴⁹ WOODS JR., Thomas E. **Como a Igreja Católica construiu a civilização ocidental**. São Paulo: Quadrante, 2008. pp. 25-45.

⁵⁰ Ibidem. pp. 46-62.

⁵¹ FEDELI, Orlando. **As três revoluções na Arte**. Montfort Associação Cultural. Disponível em <http://www.montfort.org.br/old/index.php?secao=cadernos&subsecao=arte&artigo=3revolucoes&lang=bra>. Acesso em 15/1/2015.

religiosa deixou por isso mesmo de ter valor filosófico. Mas isso é tão-só um postulado “racionalista” diretamente contrário à razão (...).⁵²

Desse modo, não causa espanto dizer que também o Estado e o Direito organizaram-se, no período medieval, segundo a forma estruturada pela religião.

A chave para a adequada compreensão da teoria do direito desenvolvida pela filosofia perene – expressão máxima da intelectualidade cristã – é a finalidade da lei. Com efeito, é a partir da função da lei – que ocupa o mesmo lugar do direito na doutrina tomista – que se lançam as bases da teoria jurídica.

Pois bem. São Tomás, inspirado em Aristóteles, percebe na lei dupla função. A primeira, como instrumento à disposição do governante, é a de conduzir a comunidade à paz social (finalidade coletiva do direito). De caráter mais particular, a segunda finalidade é auxiliar o homem a realizar o seu bem – ou, em outras palavras, favorecer a virtude e evitar o vício.

É então que surge a lei como pedagogia do encaminhamento do homem para o seu termo. Isto porque, chamado a crescer e a desenvolver-se livremente tendo em vista tal finalidade, o homem deve dispor de um meio que lhe permita adaptar cada um dos seus atos a esse objetivo que lhes confere todo o sentido.⁵³

A ideia de que a política – e o direito – deva favorecer a virtude (*areté*), em vista da *vida boa* de seus cidadãos, retoma igual concepção aristotélica. Com efeito, a causa final da política, em Aristóteles, é o bem comum – de onde exsurge o dever do regime político de estabelecer leis que permitam o alcance da felicidade dos cidadãos. Daí vem a ideia da Justiça como virtude completa, capaz de promover a observância de todas as virtudes.⁵⁴

Parece, no entanto, ser fim da multidão congregada o viver segundo a virtude. Pois para isto se congregam os homens: para em conjunto viverem bem, o que não pudera cada um vivendo separadamente. Ora, boa é a vida segundo a virtude; portanto, a vida virtuosa é o fim da sociedade humana.⁵⁵

A supremacia do direito na sociedade estava edificada sobre o alicerce de uma teoria jurídica construída com base na hierarquia do direito, e na unidade da doutrina jurídica.

⁵² GILSON, Étienne. Op. Cit. pp. 498-499.

⁵³ AUBERT, Jean-Marie. *A pedagogia divina pela lei*. IN: TOMÁS DE AQUINO, Sto. **Suma Teológica**. Vol. IV. I^a-II^{ae}, qq. 90-97. 2^a ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010. p. 520.

⁵⁴ ALVAREZ, Alejandro Montiel. **O direito entre a ética e a política: perspectiva aristotélica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012. p. 83.

⁵⁵ TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Do governo dos príncipes ao Rei de Cipro (De regimine principum)*. IN: SANTOS, Arlindo Veiga dos (org.). **Filosofia política de Sto. Tomás de Aquino**. 3^a ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1955. p. 135.

A soma dessas duas características resulta naquilo que Alceu Amoroso Lima veio a denominar de *integralidade* do direito – responsável pelo equilíbrio social e pela ausência de *unilateralismos jurídicos*.⁵⁶

A partir do jusnaturalismo greco-romano, a filosofia cristã eleva o seu discurso à transcendência – já que a natureza por si só poderia inclinar o homem ao mal – e ampara a *supremam legem* em Deus, distinta por três caracteres fundamentais: eternidade, invariabilidade e universalidade.⁵⁷

Essa lei eterna, que não é acessível diretamente ao homem, se faz conhecer por meio da lei segunda – a lei natural.

A lei é racional, porque é regra e medida dos atos, segundo a qual alguém é levado a agir, ou a apartar-se de uma ação – e a regra ou medida dos atos é a razão, que ordena aos fins. Os fins do direito indicam o bem comum, visto ser regra da comunidade e, portanto, ter por alvo o alcance, pelos seus membros, do sumo bem, que é a felicidade, nada obstante pudesse a lei realizar bens privados – sempre em vista do bem comum.

A lei, ademais, somente pode emanar de pessoa legítima – porque ordenar é prerrogativa de quem exerce o poder em nome da comunidade. Finalmente, a lei precisa ser levada ao conhecimento dos homens para que possa servir de regra e medida – razão pela qual a promulgação é também de sua essência.

Daí a conceituação – já clássica – de lei como *rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata* – ordenação da razão para o bem comum promulgada por aquele que tem o governo da comunidade.⁵⁸

Os homens são capazes da lei natural. São Tomás recorre à noção de *sindérese* como uma modalidade de hábito do intelecto que permite ao homem o conhecimento dos primeiros princípios da ação moral (da razão prática).

Por conseguinte, os princípios da ordem da ação, de que somos dotados naturalmente, não pertencem a uma potência especial, mas a um hábito natural especial, que chamamos *sindérese*. Por isso se diz que a *sindérese* incita ao bem,

⁵⁶ LIMA, Alceu Amoroso de. **Introdução ao Direito Moderno**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, Loyola, 2001. p. 89.

⁵⁷ *Ibidem*. p. 95.

⁵⁸ TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Suma Teológica**. Vol. IV. Iª-IIª^{ae}, q. 90, a. 4. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010. pp. 527-528.

e condena o mal, na medida em que nós, mediante os primeiros princípios, buscamos descobrir e julgamos o que encontramos.⁵⁹

A *sindérese*, na filosofia perene, é infalível. Não se atribui a esse hábito as falhas de julgamento, que se situam no campo da consciência, e que se evitam pelo uso adequado da prudência (*phronesis*).⁶⁰

Os primeiros princípios são *per se nota*, ou seja, por si conhecidos: estão para a razão prática como os primeiros princípios das demonstrações estão para a razão especulativa. O primeiro princípio, correspondente ao ente na razão especulativa, é o bem – aquilo que todas as coisas desejam. Daí resulta a sentença, muito abstrata, segundo a qual o bem deve ser feito e o mal evitado.

A partir desta sentença, pela ordem das inclinações naturais, são imediatamente extraídos três grupos de princípios. O primeiro, referente a todas as coisas criadas, é a sua própria conservação. O segundo, em comum com os animais, é a preservação, conservação e propagação da espécie. O terceiro, referente aos seres racionais, diz respeito à elevação do homem ao seu fim (a virtude e, mais especificamente, a Deus)⁶¹.

O direito natural conta três características, embora mitigadas pela doutrina tomista. A universalidade, que diz respeito aos princípios gerais, admitindo, porém, variações referentes à variedade de casos concretos; a imutabilidade, que também alcança somente os primeiros princípios, podendo ser acrescida ou subtraída naquilo que tem de humana – dada a natureza defectível do homem (imutabilidade relativa); e a indispensabilidade, também passível de relativização nos preceitos secundários, desde que a mutação da matéria o exija, em face das circunstâncias.⁶²

Finalmente, ao direito positivo – a lei humana – não foi reservado o papel subalterno de mera decorrência lógica da lei moral. Não se retira do homem o papel de legislar. Aliás, isso já se percebe pelas relativizações que são admitidas pela própria teoria tomista acerca do direito natural.

⁵⁹ TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Suma Teológica**. Vol. II. I^a, q. 79, a.12. 2^a ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010. p. 461.

⁶⁰ ALBERTUNI, Carlos Alberto. **O conceito de *sindérese* na moral de Tomás de Aquino**. Tese de Doutorado apresentada perante a Universidade Estadual de Campinas. Orientador Professor Doutor Carlos Arthur Ribeiro do Nascimento. Campinas, 2006. Disponível em

<http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=vtls000379227>. Acesso em 15 de abril de 2014. p. 228

⁶¹ TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Suma Teológica**. 2^a ed. Vol. IV. I^a-IIae, q. 94, art. 2. São Paulo: Loyola, 2010. pp. 562-563.

⁶² LIMA. Op cit. pp. 114-118.

A lei é útil, segundo São Tomás, seja para dar a devida disciplina aos que não se contentam com o conselho dos bons, seja também para obter maior justiça nos julgamentos, visto ser mais fácil encontrar uns poucos que legislem bem do que muitos que possam julgar igualmente bem⁶³; ademais, os juízes, por se vincularem a casos particulares, não teriam igual possibilidade de fazer um julgamento isento de paixões e reto segundo a consideração de todos os casos, coisa que o legislador poderia.

A lei positiva pode ter um vínculo maior ou menor com o direito natural, segundo lhe seja uma decorrência extraída como conclusão, ou se trate de mera aplicação contingente de meios, quando, então, terá força apenas como lei humana⁶⁴. E mais: não preceitua todos os atos de virtude, nem deve punir todos os vícios. É reservada, portanto, aos defeitos mais graves, dos quais mais exigível seja a todos os homens que se abstenham de sua prática; e àqueles que são em prejuízo de outros, em cuja proibição repouse a conservação da sociedade humana. Finalmente, a filosofia perene estabelece ainda a interpretação teleológica como guia para a resolução de problemas referentes à letra da lei, dá aos costumes poder de revogação da lei e faculta o direito de dispensa da lei em situações excepcionais.⁶⁵

Assim, é pela lei positiva (legal ou costumeira) que são dadas as disciplinas cotidianas da vida da comunidade política. O direito natural é uma escala superior que permite um juízo acerca da racionalidade e da adequada finalidade da lei humana – vinculado à lei eterna, suprema, cujo conteúdo só é acessível ao homem pela revelação ou na medida em que é participada pela razão natural.

A essa estrutura orgânica do direito dá Alceu Amoroso Lima a denominação de direito integral.

Longe de ser uma “ideologia petrificada”, como disse Engels, continua o pensamento medieval *em sua essência* a valer agora tanto como então, muito particularmente na sua justa aspiração de colocar o direito como *sciencia retri*x de todas as ciências sociais, a sociologia, a economia, ou a política, em vez de o subordinar servilmente a elas, como faz hoje o materialismo jurídico.⁶⁶

O direito, para a filosofia tomista, não depende da lei divina e, como regra, nem tampouco da lei natural – ao contrário de versões mais ideologizantes do jusnaturalismo. O

⁶³ TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Suma Teológica**. 2ª ed. Vol. IV. Iª-IIae, q. 95. São Paulo: Loyola, 2010. p. 574.

⁶⁴ Ibidem. p. 577.

⁶⁵ Ibidem. pp. 587-603.

⁶⁶ LIMA. Op cit. p. 124.

direito natural é uma fonte de costumes e de razoabilidade para o direito positivo, que, contudo, não deixa de ser essencialmente necessário.

Essa teoria do direito, que buscava integrar o corpo social a partir da justiça e da realização do bem comum, em uma ordem normativa não-voluntarista e não-individualista, mas comunitária e inteligível, era, como se vê, profundamente enraizada na religião cristã.

Justamente porque ocupava um papel primordial na sociedade e no direito, a religião era levada a sério suficientemente para que se entendesse plenamente possível o alcance da verdade a partir de sua discussão, e se tratava (como ainda se trata, evidentemente, embora agora isso se leve menos em consideração) de matéria grave – qual seja, a possibilidade de salvação ou danação da alma⁶⁷. Aliás, o próprio conceito tomista de verdade refere-se à adequação da coisa ao intelecto e remete, primeiramente, ao intelecto divino como sua origem.⁶⁸

Com isso, falar-se em liberdade religiosa, no período, não poderia significar o mesmo pelo que se entende o conceito nos dias atuais; e daí que se possa compreender por que o fundamento da medida de liberdade concedida jamais seria o pluralismo, mas justamente o sopesamento entre os riscos e benefícios que viriam de eventual tolerância com outras crenças.

A doutrina tradicional da Igreja distingue a liberdade de consciência, a tolerância religiosa e a liberdade religiosa. A liberdade de consciência sempre foi respeitada, ao menos doutrinariamente, no mundo ocidental cristão. Já Sto. Agostinho afirmava-a, sustentando a ilicitude da conversão à força. Do mesmo modo, Sto. Tomás de Aquino afirma que os que não receberam a fé – e refere-se especificamente aos judeus e os gentios – “*de modo algum, são compelidos à fé para crer, pois crer é ato da vontade*”.⁶⁹ Contudo, ajunta que

São, porém, compelidos [os judeus e os infiéis] pelos fiéis, se eles tiverem poder para tanto a não lhes impedirem a fé, com blasfêmias, sugestões maldosas ou, ainda, por abertas perseguições. E, por isso, os fiéis cristãos movem frequentemente guerra aos infiéis, não para obrigá-los a crer – porque ainda que os mantivessem vencidos e cativos, lhes deixariam a liberdade de querer crer ou não – mas para compeli-los a não impedir a fé em Cristo.⁷⁰

⁶⁷ Sobre o ponto, dizia São Tomás que “é muito mais grave corromper a fé, que é a vida da alma, do que falsificar o dinheiro, que serve à vida temporal”. In: **Suma Teológica**. Vol V. II^a-IIae. q. 11. São Paulo: Loyola, 2004. p. 183.

⁶⁸ TOMÁS DE AQUINO, Santo. Questão disputada sobre a verdade, Artigo 4. In: **Verdade e conhecimento**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 183.

⁶⁹ TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Suma Teológica**. Vol V. II^a-IIae, q. 10. São Paulo: Loyola, 2004. p. 166.

⁷⁰ Ibidem.

Contudo, àqueles que eram cristãos a disciplina da Igreja era mais rígida, sendo associado o cumprimento dos compromissos religiosos com a obrigação decorrente de um voto ou juramento – ou seja, um dever que não poderia ser dispensado.

A liberdade de religião era distinta, no período medieval – e até bem recentemente, no magistério da Igreja – entre a tolerância e a liberdade verdadeira. A verdadeira liberdade consistiria naquela devida à prática da religião verdadeira, tida como a Católica⁷¹.

Já para as demais formas de crença religiosa, poderia haver tolerância em relação ao seu culto e seus ritos, seja em virtude do bem que deles provinha ou do mal que se evitava. É o que afirma Sto. Tomás:

Assim também no governo humano: os que governam toleram, com razão, certos males, para que alguns bens não sejam impedidos ou não sucedam males piores (...) Assim, pois, ainda que os infiéis pequem em seus ritos, eles podem ser tolerados ou por causa do bem que deles provém ou por algum mal evitado.⁷²

Desse modo, o direito estava voltado à proteção da religião. Não havia demanda pela liberdade religiosa, no sentido que se lhe atribui atualmente, porque a compreensão de então era de que se tratasse de matéria de verdade, e não de opinião – razão pela qual também as heresias, em regra, buscavam conquistar a Igreja ‘por dentro’, ou seja, estabelecer como verdade a sua doutrina. Entretanto, admitia-se em regra a liberdade de consciência e, por vezes, a tolerância de culto aos não-católicos.

O Estado estava ligado à religião, mas se tratava de domínios distintos que, contudo, se irritavam mutuamente: o poder temporal por vezes esteve subordinado à religião; em outras ocasiões, e sobretudo a partir das monarquias absolutas, detinha ascendência sobre a Igreja – regalismo.⁷³ De todo modo, verifica-se que a religião era, até então, verdadeira infraestrutura social, que orientava e permeava toda a organização da civilização ocidental.

⁷¹ Não custa observar que a doutrina da Igreja, desde há muito e até há bem pouco definia a impossibilidade de proclamar a plena liberdade religiosa, que era entendida como uma licença para o erro, assim entendido o culto não-católico.

⁷² TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Suma Teológica**. Vol V. IIª-IIae, q. 10. São Paulo: Loyola, 2004. p. 173.

⁷³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 356.

A Reforma Protestante modifica substancialmente o relacionamento entre Estado e Igreja. Por um lado, quebra-se a hegemonia da religião única, de uma forma mais profunda do que qualquer outra heresia tenha podido fazê-lo anteriormente. Por outro, inserem-se elementos de relativismo e de pluralismo religioso por meio do cânone do livre exame e em virtude da ausência de uma autoridade central.⁷⁴

O mundo europeu se flagela em guerras religiosas fratricidas. Roma é saqueada. Diversos Estados dissociam-se da Igreja, muitos organizam igrejas nacionais. A semente do protestantismo, que aflora na parte da Europa conquistada pela Reforma, é a do pluralismo religioso e do idealismo romântico alemão; desse modo, lançam-se as bases para a modificação da compreensão religiosa do mundo, então ainda em voga.⁷⁵

Quando tudo isso acabou, lá pelos fins do século XVII – mais de duzentos anos atrás – novos desenvolvimentos ocorreram: a difusão da dúvida e do espírito anticatólico dentro da própria cultura católica; enquanto que na cultura protestante, onde havia uma doutrina menos definida a desafiar, houve menos divisões internas, mas um crescente sentimento geral de que as diferenças religiosas devem ser aceitas; um sentimento que, em um número crescente de indivíduos, se transformou na atitude mental, a princípio secreta, mas depois manifesta, de que nada é certo em matéria religiosa e, portanto, tolerância para com todas as opiniões é uma coisa razoável.⁷⁶

Com o fim da Cristandade, rompe-se a harmonia, geralmente existente, nas relações entre Estado x Igreja. A modernidade viria a intensificar essa ruptura, lançando-se contra o cristianismo.

3) A modernidade e os tempos atuais

A modernidade é o período de ruptura de laços entre religião e Estado, e de mudança de paradigma na relação entre sociedade e Igreja.

Sob o prisma filosófico, a dúvida se converte em método com Descartes, que rompe a consolidada tradição – concebida desde a Antiguidade – de que a verdade se

⁷⁴ FEDELI, Orlando. **A Cidade do Homem contra a Cidade de Deus - As Revoluções da Modernidade**. MONTFORT Associação Cultural. Disponível em http://www.montfort.org.br/old/index.php?secao=cadernos&subsecao=religiao&artigo=tres_revolucoes&lang=bra. Acesso em 16/1/2015.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ BELLOC, Hilaire. Op. cit. p. 97.

apreende a partir do entendimento das coisas (experiência, tradição, etc.), para buscá-la exclusivamente na razão individual, supostamente desvinculada de qualquer objeto físico.⁷⁷

Abrem-se as portas para a fenomenologia e para o idealismo Kantiano. Kant, por sua vez, aprofunda a fenda do conhecimento, ao considerar que o homem jamais é capaz de conhecer a coisa-em-si (noumenon), mas apenas a emanação da coisa que se apresenta para seu intelecto (phenomenon). A verdade, portanto, deixa de se apresentar como *adaequatio rei et intellectus*, para tornar-se uma verdade subjetiva – de adequação entre a percepção (fenômeno) e o próprio intelecto.

A “revolução copernicana” de Kant redefine o próprio conceito de verdade como realidade que se conforma segundo as nossas ideias. “Até hoje, sustentava-se que o nosso conhecimento devia adequar-se aos objetos [...]. Haverá mais progresso se assumirmos a hipótese contrária, de que são os objetos de pensamento que devem adequar-se ao nosso conhecimento”.

Kant afirmou que todo o nosso conhecimento é subjetivo. Bem, essa afirmação é um conhecimento subjetivo? Se é, então o conhecimento desse fato também é subjetivo, *et cetera*, e todos estamos aprisionados num infinito salão de espelhos.⁷⁸

Rompem-se, assim, a um só turno, a verificabilidade e a confiança nos sentidos. Como visto, a Reforma enseja ainda um espírito relativista, mesmo nos países Católicos. O trauma vivido pelas guerras religiosas dá lugar a uma recusa de certeza em matéria de religião. O novo racionalismo, por um lado, e a subjetividade da verdade, por outro, reforçam esses pontos. Está formado um caldo de cultura que daria origem ao Iluminismo e que viria a constituir a modernidade⁷⁹.

Para Kant, o esclarecimento (*Aufklärung*) representaria a saída do homem de sua menoridade, para passar a fazer uso do próprio entendimento, livre da direção de outros indivíduos⁸⁰. Vem daí o mote *sapere aude* – ‘ouse saber’. Para o pensador, o Iluminismo representaria, assim, a busca pela superação do domínio de ideias antigas – especialmente as de origem religiosa.⁸¹

⁷⁷ DESCARTES, René. **Discurso do método**. 2ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2001. pp. 37-46.

⁷⁸ KREEFT, Peter. **Kant: a verdade subjetiva**. Quadrante (portal da *internet*). Disponível em http://www.quadrante.com.br/artigos_detalhes.asp?id=209&cat=9. Acesso em 20/1/2015.

⁷⁹ ZILLES, Urbano. A crítica da religião na modernidade. In: **Interações – Cultura e Comunidade**, v.3, n.4, pp. 37-54. Belo Horizonte: 2008. p. 38.

⁸⁰ KANT, Immanuel. **Resposta a pergunta: Que é esclarecimento? Textos Seletos**. Tradução Floriano de Sousa Fernandes. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005. pp. 63-71.

⁸¹ KLEIN, Joel Thiago. A resposta kantiana à pergunta: o que é o Esclarecimento? In: **ethic@**, vol. 8, n. 2, pp. 211-227. Florianópolis: 2009. p. 221.

No texto da Aufklärung, Kant acentua prioritariamente o esclarecimento nas coisas de religião, pois segundo ele, a tutela religiosa além de ser “a mais prejudicial, é também a mais desonrosa”. Quando um Clérigo diz: “não raciocines, mas acredita!”, abre-se espaço para a completa heteronomia da razão prática.

(...)

Ora, quando se estufam os pulmões para se bradar abertamente em favor de uma crença cega que domina a tudo, então a razão prática sucumbe e a minoridade se perpetua. Assim, o Esclarecimento se coloca em oposição ao misticismo, segundo o qual, os conhecimentos são revelados por uma suposta inspiração ou intuição intelectual para alguns escolhidos.⁸²

O iluminismo francês aprofunda o ódio à religião. Holbach defende uma explicação materialista e ateísta da realidade, afirmando que o cristianismo reprimia a tendência natural dos homens, causando a sua infelicidade, além de haver originado a teocracia, o direito divino dos reis e o absolutismo. Seria a religião um instrumento para a ilusão da massa.

O barão de Holbach criou a expressão, que posteriormente se tornou popular, do efeito narcótico da religião (ópio do povo). Ela é, segundo ele, a arte de anestesiar os homens, para impedi-los de lutarem contra o mal que lhes causam os dominadores aqui na terra. Perante o tribunal da razão, a religião é usada, segundo ele, para legitimar a corrupção, para dominar, de acordo com uma moral contrária à natureza humana.⁸³

O novo contratualismo dispensa qualquer fundamentação religiosa da organização social. Pelo contrato social, são os homens que estabelecem um acordo para fundar um Estado e garantir a paz. A fundamentação ética do governo deixa, por isso, de repousar sobre fundamentos religiosos. Rousseau faz uma crítica severa do catolicismo em seu Contrato Social, defendendo a ideia de uma religião civil (não propriamente espiritual, mas voltada ao bom convívio social entre os cidadãos, e que rejeitaria firmemente o catolicismo).⁸⁴

Quem melhor encarna a luta do iluminismo contra a Igreja é François Marie Arouet, conhecido sob o pseudônimo de *Voltaire*, conhecido ensaísta e pensador. Por suas obras e cartas, critica severamente a religião católica, pondo em dúvida a historicidade e os fundamentos do cristianismo.⁸⁵

⁸² Loc. cit.

⁸³ ZILLES, Urbano. Op. Cit. p. 39.

⁸⁴ ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social: princípios do direito político**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. pp. 155-167.

⁸⁵ Nesse sentido, o seu Dicionário Filosófico, repleto de verbetes com ácidas críticas e ironias contra os costumes religiosos e contra as Escrituras. Ironicamente, e como tantos adversários da religião, Voltaire teria retornado ao

A frase “esmagai a infame” se torna uma espécie de slogan de Voltaire contra o fanatismo, contra a ignorância e também contra a própria Igreja Católica, que representaria estas coisas negativas, as quais impediriam o progresso da humanidade. O objetivo do autor do *Cândido*, assim, é esmagar, vencer, substituir o cristianismo por uma religião racional e tolerante.⁸⁶

O caráter anticlerical e anticatólico do Iluminismo passam à Revolução Francesa. Trata-se de um período de violenta perseguição à religião, sob o pretexto de garantia da liberdade e da igualdade. Iniciou-se pela supressão dos dízimos e dos direitos feudais, a proibição de novas admissões nos conventos e mosteiros, prosseguiu com o confisco (secularização) dos bens eclesiásticos, em decreto da Assembleia de dois de novembro de 1789.⁸⁷

A conflagração mais grave, porém, tem início com a aprovação da Constituição Civil do Clero. Esse documento legal reorganizava a Igreja em França, nos moldes de uma religião nacional regulamentada e disciplinada pelo Estado.

A Constituição Civil do Clero reorganizava as dioceses, de acordo com os departamentos nacionais, suprimindo elevado número de bispados e arcebispados; proibia a obediência em matéria religiosa a autoridades estrangeiras (evidentemente, numa referência à Santa Sé); implantava a colegialidade no âmbito das dioceses, determinando que o bispo somente poderia tomar decisões mediante aprovação do colégio de vigários; extinguiu títulos e serviços canônicos; determinava a eleição de bispos e curas, por voto da maioria absoluta dos eleitores – aí incluídos todos os cidadãos da localidade, independentemente de religião, desde que houvessem assistido à missa anterior à eleição; proibia que o bispo eleito se dirigisse ao papa para obter a confirmação de sua jurisdição⁸⁸; fixava remuneração aos membros do clero; e, mais importante, impunha um juramento a todo o clero francês, de

catolicismo, ao final de sua vida, recebendo os últimos sacramentos. Nesse sentido, vide: DEL RÍO, Isaías Díez. La religión em Voltaire. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLIV (2011), pp. 591-536.

⁸⁶ LAZZARI JR., Julio Cesar. A religião racionalista de Voltaire. *151 Kínesis*, Vol. IV, nº 08, Dezembro 2012, p. 147-164. Marília - SP: 2012. pp. 150-151.

⁸⁷ FILGUEIRAS, André (et al.). *A revolução francesa e a Religião Católica*. Núcleo de Estudos Contemporâneos. Faculdade de História da Universidade Federal Fluminense. Disponível em <http://www.historia.uff.br/nec/revolucao-francesa-e-religiao-catolica>. Acesso em 15/1/2015.

⁸⁸ FRANÇA. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. *Constituição Civil do Clero, de 12 de junho de 1790*. Tradução de Luiz Arnaut. Departamento de História da UFMG. Disponível em <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/civilclero.pdf>. Acesso em 15/1/2015.

obediência as leis aprovadas pela Assembleia e à própria Constituição Civil – o que configuraria ato de cisma, em vista da quebra do reconhecimento da autoridade do Papa⁸⁹.

Em vista de seu caráter democrático (que contrariava a organização monárquica da Igreja e o poder dos bispos) e cismático (visto que não reconhecia a autoridade papal), o Rei Luís XVI relutou em assinar o documento, e consultou o Papa acerca do projeto. O Papa Pio VI respondeu em termos duros:

Nós vos declaramos do modo mais expresso que, se aprovardes os decretos relativos ao Clero, lançareis, por isso mesmo, vossa nação inteira ao cisma (...). Fizestes grandes sacrifícios para o bem de vossos povos, mas não tendes o direito de alienar, nem de abandonar, em nenhuma medida, o que é devido a Deus e à Igreja, da qual sois o filho primogênito.⁹⁰

A despeito disso, e pressionado pela Assembleia, o Rei promulgou a Constituição Civil do Clero em 24 de agosto de 1790. A exigência de juramento, cujo prazo foi fixado em dois meses, levou ao acirramento da crise com a Igreja. A quantidade majoritária de clérigos passou à ilegalidade, devido à recusa ao juramento. Formaram-se duas igrejas: a constitucional, ligada à Revolução e condenada formalmente pela Sé Romana⁹¹, e a católica, ligada ao Papa.

A partir desse momento, a Revolução passa a atacar padres e religiosos. A nova Assembleia Legislativa proibiu os hábitos religiosos, condenou à deportação os religiosos que se recusassem ao juramento. O rei, por vetar esse decreto, foi deposto – em breve seria condenado à morte – e os clérigos que teriam sido deportados foram executados.⁹² Além de muitas execuções, o episódio é considerado causa do início de uma guerra civil, pela resistência católica da Vendéia.

Em nome da Revolução Francesa levou-se a cabo na França um verdadeiro extermínio, especialmente de católicos, sobretudo no oeste e em La Vendée. No caso de La Vendée, foi dada a ordem de eliminar as mulheres para que não pudessem trazer filhos ao mundo e mutilar os meninos para que quando maiores não se tornassem guerrilheiros. (...) A retórica das leis humanitárias não pôde evitar que, na França, dos seus dezesseis milhões de habitantes em idade ativa, dois milhões fossem mendigos.^{93 94}

⁸⁹ FEDELI, Orlando. **Constituição Civil do Clero: a revolução dentro da Igreja**. MONTFORT Associação Cultural. Disponível em http://www.montfort.org.br/old/index.php?secao=veritas&subsecao=historia&artigo=constituicao_civil&lang=br. Acesso em 15/1/2015.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ O Papa Pio VI expediu a Encíclica *Charitas*, de 13 de abril de 1791, condenando o regime do juramento civil.

⁹² RIVAUX, Pe. **Tratado de História Eclesiástica**. Vol. II. Brasília: Pinus, 2011. pp. 265-266.

⁹³ CRUZ, Juan Cruz. **Filosofia da História**. Tradução de Fernando Marquês. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência – Raimundo Lúlio, 2007. p. 190.

A revolução ainda viria a adotar muitas provisões contra a fé, algumas de menor gravidade física, embora com grande relevância simbólica, como a mudança de calendário e a proibição de venda de peixe nos dias de abstinência⁹⁵.

A literatura imortalizou momentos importantes da perseguição religiosa na França, tal a sua gravidade. Em especial, não tanto pelo número quanto pela gratuidade da violência cometida, merece registro a história das dezesseis carmelitas do convento de Compiègne, levadas à guilhotina por ódio à religião no período do Terror, cujo canto do *Veni Creator* silenciou a multidão:

Súbito, tive, novamente, a impressão de encontrar-me entre seres humanos. Pareceu-me que alguém dizia ao meu ouvido: “A França não bebe somente sangue de seus filhos, mas também derrama por eles o mais nobre e mais puro do seu sangue!”

Sobressaltei-me de repente: reinava nesse momento um silêncio mortal na praça. (Querida, nem durante a execução do rei houve semelhante silêncio). O próprio canto parecia agora mais fraco. Sem dúvidas, as carretas haviam-se afastado, talvez tivessem chegado a seu destino. Meu coração começou a bater. Percebi que faltava no coro uma voz muito clara, e logo depois outra voz. Pensava que a execução ainda não começara quando, na verdade, estava quase concluída.

(...)

No mesmo instante, um violento tumulto fez ondular a massa comprimida. Exatamente como naquela noite de setembro, abriu-se uma brecha diante de mim e, exatamente como dantes, no meio da corte de megeras horripilantes, vi Blanche de la Force.

Seu rostinho pálido, abatido, surgiu no meio dos que a cercavam, desembaraçando-se deles como de um véu. Reconhecia cada traço daquela fisionomia, mas era como se não a reconhecesse mais – o medo não se estampava mais no seu rosto: e ela cantava.

Cantava com a sua voz débil, com a sua frágil voz de criança, sem o mais ligeiro tremor. Não! Cantava com a alegria de um pequeno pássaro. Cantava sozinha, na vasta, sangrenta e terrível Praça da Revolução. Cantou até o fim o *Veni Creator*, interrompido pelas suas irmãs: (...).

Ouvi claramente a confissão do Deus em três pessoas; só o *Amen* não ouvi mais. (Sabes como as mulheres furiosamente a puseram na guilhotina). E então, minha amiga, extinto o arco-íris da praça, tive o pressentimento de que a revolução chegara ao seu termo.⁹⁶

A situação da Igreja viria a se ajustar, na França, com Napoleão. Entretanto, pode-se compreender como os ventos da Revolução Francesa, ao se espalharem pelo mundo, levaram a semente da antirreligiosidade, que viria ainda a fecundar em outras partes,

⁹⁴ A resistência na Vendéia foi de tal forma violenta que levou historiadores a falarem no primeiro genocídio da história. Nesse sentido: SECHER, Reynald. **A french genocide: the Vendée**. Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 2003. 305 p.

⁹⁵ RIVAUX, Pe. Op. Cit. vol II. p. 279.

⁹⁶ LE FORT, Gertrud von. **A última ao cadafalso**. Tradução de Roberto Furquim. Petrópolis: Vozes, 1988.

culminando com uma luta aberta entre a modernidade e a Igreja – o que se vê, especialmente, pelo teor do Syllabus, documento relativo a questões entre Igreja e Estado, com condenações diversas, emitido pelo Papa Pio IX⁹⁷.

Finalmente, há que se mencionar os regimes socialistas e comunistas do século XX, especialmente a União Soviética, que travaram guerra contra a religião – associada à ideia de alienação – e promoveram o ateísmo de Estado.

A esta altura, vai-se desenhando o modelo atual de Estado – nascido a partir do Estado liberal – com possíveis diferentes facetas. Em alguns países – o Brasil Imperial incluso, como se verá – mantiveram-se regimes confessionais, geralmente com problemas em relação à liberdade do exercício da religião em relação às intervenções estatais⁹⁸; outros passaram a adotar a laicidade, com neutralidade e separação religiosa; em outros, seguiu-se o laicismo – com ligeiro ou acentuado caráter antirreligioso⁹⁹.

A partir da segunda metade do século XX, os problemas relativos às relações entre religião, sociedade e Estado, no mundo ocidental, se sofisticam.

De um lado, há uma modificação acelerada nos valores, especialmente na Europa – que irá se refletir mundialmente na modificação de normas legais tradicionalmente alinhadas com a moral religiosa, como, por exemplo, a interdição do divórcio e do aborto. Emblema dessas modificações são a revolução sexual, os eventos de 1968 e o festival de Woodstock.

Primeiramente se deve dizer que o desenvolvimento do progressismo moderno e da ciência criou uma mentalidade pela qual se crê poder dar por supérflua “a hipótese Deus”, para dizê-lo com Laplace. Hoje o homem crê poder tudo aquilo que antes havia esperado unicamente de Deus. Por esse modelo de pensamento, que se acredita científico, as coisas da fé são arcaicas, míticas, pertencentes a uma civilização já superada. Assim, a religião, e de todo modo aquela cristã, vem relegada às coisas do passado.¹⁰⁰

⁹⁷ PAPA PIO IX. **Encíclica Quanta Cura**, de 8 de dezembro de 1864. Disponível em <http://www.filosofia.org/mfa/far864a.htm>. Acesso em 16/1/2015.

⁹⁸ Lembra-se que até há bem pouco, algumas nações europeias detinham direito de veto sobre a eleição do Papa. Esse direito foi exercido, pela última vez, pelo Imperador da Áustria Francisco José contra o Cardeal Rampolla, no conclave de 1903, que acabou por eleger o Cardeal Sarto, Papa São Pio X.

⁹⁹ O Brasil, como se verá mais adiante, é exemplo dos três modelos. De estado confessional, no Império, passa a república laicista (de inspiração positivista), com grau moderado de redução da liberdade religiosa e, finalmente, a Estado laico.

¹⁰⁰ PAPA BENTO XVI. **Luce del mondo: il Papa, la Chiesa e i segni dei tempi: una conversazione con Peter Seewald**. Cidade do Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2010. p. 190. Tradução livre do original: “Innanzitutto bisogna dire che lo sviluppo del progressismo moderno e della scienza ha creato una mentalità per la quale se crede di poter rendere superflua “l’ipotesi Dio”, per dirla con Laplace. Oggi l’uomo crede di potere tutto quello che prima aveva atteso unicamente da Dio. Per quel modello di pensiero, che si ritiene scientifico, le cose della

De outro lado, no âmbito da Igreja, o Concílio Vaticano II representa um divisor de águas cujas dimensões até o presente ainda são incertas, e que influenciam todo o mundo cristão, inclusive o não católico. Nas palavras do Papa João Paulo II, o concílio sugeriu uma síntese entre o cristianismo e o iluminismo¹⁰¹ – síntese improvável e inimaginável no século anterior (o século do Syllabus).¹⁰²

Ademais, a ideologia do multiculturalismo, especialmente em virtude de imigração de povos com diferentes religiões – e se destaca, aqui, a presença muçulmana – trouxe novas dificuldades e desafios à convivência pacífica e à liberdade de religião.¹⁰³

Além disso, o cristianismo, de um modo amplo, tem os seus *mores* frequentemente confrontados por uma iniciativa ideológica global, que atualmente concentra nos organismos da Organização das Nações Unidas muitas das frentes de atuação voltadas a princípios que, direta ou indiretamente, interferem nos valores religiosos.¹⁰⁴

Nada obstante, o fenômeno religioso continua a ter importância capital na vida e nos valores dos povos ocidentais. E essa importância não pode ser diminuída na presença de um mundo em que as promessas da modernidade viram-se despedaçadas nos horrores da guerra e em que tudo está desgastado pela dúvida e pela incerteza.

Há três séculos, diz Max Weber, a história do Ocidente é um processo desenfreado de racionalização, de extensão generalizada dos procedimentos da ciência moderna a todos os setores da vida. O efeito não é benéfico. O que podemos constatar na arquitetura, onde nosso concreto armado não acede de modo algum à beleza das catedrais.¹⁰⁵

O subjetivismo kantiano – que desconfia da inteligência e afirma não conhecer o núnimo, a “coisa-em-si” – acabou por aprisionar a verdade no ser. Passa-se à adequação não

fede sono arcaiche, mitiche, appartenenti ad una civiltà ormai superata. Così la religione, ed in ogni caso quella cristiana, viene relegata tra le cose del passato”.

¹⁰¹ PAPA JOÃO PAULO II. **Memória e Identidade**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005. p. 126

¹⁰² Sobre o tema: WILTGEM, Ralph. **O Reno se lança no Tibre: o concílio desconhecido**. Niterói: Permanência, 2007; GHERARDINI, Brunero. **Concílio Ecumênico Vaticano II: um debate a ser feito**. Brasília: Pinus, 2011.

¹⁰³ Veja-se a importante reportagem de KERN, Soeren. **Zonas Proibidas na Europa: Realidade ou Ficção?** Gatestone Institute. Disponível em <http://pt.gatestoneinstitute.org/5143/franca-zonas-proibidas>. Acesso em 20/1/2015.

¹⁰⁴ ROCCELLA, Eugenia. SCARAFFIA, Lucetta. **Contra o cristianismo: a ONU e a União Europeia como nova ideologia**. Campinas: Ecclesiae, 2014.

¹⁰⁵ VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito: Definições e fins do direito: Os meios do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 452.

mais entre o intelecto e o objeto, mas entre o intelecto e a própria representação do objeto constituída a partir do fenômeno.

Heidegger foi mais além, e, nos passos de Husserl, estabeleceu um sistema antepredicativo, colocando o conhecimento na simples apreensão (e eliminando, pois, as fases de juízo e raciocínio) – pretendendo conhecer como os anjos – o conhecimento das coisas, na forma de um re-colhimento ultrametafísico.¹⁰⁶

A questão da certeza é a questão capital da vida e da ciência da humanidade. Se não há nada de certo, não há verdade; não há bem nem mal: não há ciência, nem religião, nem filosofia, nem coesão social.¹⁰⁷

A recuperação do *senso comum* seria, talvez, uma trilha recompensadora para o direito do Estado, que, afinal, é matéria mais afeita à natureza de *prudentia* do que de *episteme*. Se há verdade, então pode haver bem. Se há bem, então o papel do Estado é realizá-lo.

E, nesse sentido, o caminho da religiosidade na sociedade cumpre o papel de colaborar para o alcance da coesão social, para a agregação dos indivíduos numa comunidade, para cooperar na busca pela verdade e pelo bem.

¹⁰⁶ SPROVIERO, Mario Bruno. *A verdade e a evidência – estudo introdutório*. IN: TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Verdade e Conhecimento**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. pp. 99-106.

¹⁰⁷ SPROVIERO. Op. cit. p. 111.

II

O DIREITO FUNDAMENTAL À RELIGIÃO

1) Direitos Fundamentais: relevância, histórico, objeto.

A Constituição é um instrumento. O Estado, longe de existir como um fim em si mesmo, tem a sua razão de ser no alcance do bem comum.

Nesse sentido, muito mais que a mera organização do Poder, o cerne da norma constitucional é o reconhecimento dos direitos dos integrantes da comunidade política e o estabelecimento dos meios pelos quais a sociedade estabelecerá e protegerá esses direitos.

Todo o texto constitucional, em suas mais variadas disposições temáticas, pode ser lido sob esta ótica. Assim, a separação dos Poderes do Estado, a federação, o regime eleitoral, a disciplina tributária e a orçamentária, entre tantas outras normas, existem em função de um objetivo: a promoção do bem comum, identificado constitucionalmente com os fundamentos e com os objetivos da República.

Importa, pois, entender melhor esses direitos que são, a um só tempo, finalidade da organização constitucional e alicerces que viabilizam, para cada indivíduo, a busca pela felicidade e a auto-realização em vista do fim último do ser.

Baseado em um exercício hipotético para formular uma sofisticada teoria da justiça, John Rawls define – a partir da posição original, qualificada pela ignorância dos participantes acerca de suas posições ou preferências na sociedade – que “cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras”¹⁰⁸.

Este é, na visão do autor, um princípio de estruturação básica da sociedade, cuja definição seria ínsita à justiça política. Com efeito, somente assim seria possível assegurar que todos os cidadãos pudessem ser tratados com igual consideração e respeito, e que a comunidade política não se tornasse um impedimento à realização dos projetos de vida legítimos de seus cidadãos.

¹⁰⁸ RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 64.

Há, pois, uma justificação filosófica liberal para a positivação de certos direitos com pretensões universais – caracterizados como direitos fundamentais. Cuida-se da tentativa de estabelecimento de um esquema de estruturação da sociedade que respeite as legítimas diferenças – a partir da hipótese da ignorância inicial.

Subjacente a essa justificação, contudo, há uma indagação ainda mais fundamental: por que oferecer, universalmente, tal esquema de liberdades? O que nos impele à pretensão de garantir a justiça política?

Importa participar ao leitor a reflexão de Jónatas Machado:

É ilógico negar a existência do ar ao mesmo tempo que se respira enquanto se procede a essa negação. Semelhante tentativa é irracional e autorrefutante. Mas terá sentido negar a existência de Deus e ao mesmo tempo afirmar a primazia normativa, a intertemporalidade e a universalidade de determinados valores fundamentais de dignidade humana, liberdade, igualdade e justiça? (...) Será que de uma visão de mundo ateísta e naturalista, que concebe o ser humano como o resultado acidental e altamente improvável de processos físicos e químicos aleatórios e de milhões de anos de predação, sofrimento, morte e extinções maciças, é possível deduzir logicamente a primazia e universalidade daqueles valores?¹⁰⁹

É bem conhecida a ideia que Dostoievski põe na pena do personagem Ivan, em *Os Irmãos Karamazov*, segundo a qual se Deus não existe, então tudo seria permitido. Há muitas razões a justificar a existência dos direitos fundamentais sob o prisma da justiça, da liberdade, da igualdade ou da dignidade humana. Todas estas razões, contudo, não bastam a demonstrar ainda o porque da adoção desses valores – que, frequentemente, são tomados aprioristicamente, quiçá para se evitar o aprofundamento do debate.

Os *contratualistas* afirmam que os direitos do homem se fundamentam no acordo de vontades, no consenso entre os homens, enfim, no contrato social; os *positivistas*, por sua vez, justificam os direitos do homem a partir do direito posto; já os *historicistas* defendem que os direitos humanos variam no tempo e no espaço.

Nenhuma dessas linhas do pensamento jusfilosófico parece conter elementos suficientes para esclarecer de forma decisiva a questão da fundamentação dos direitos humanos (...).¹¹⁰

¹⁰⁹ MACHADO, Jónatas E. M. **Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. *Nota prévia (s/p)*.

¹¹⁰ MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Direitos Fundamentais*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (et al.) (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. v. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 361.

Por essa razão, ao tratar da insuficiência da perspectiva contratual, Ives Gandra Martins Filho busca a sua fundamentação no direito natural, sob a vertente empirista que é desenvolvida por São Tomás, sobretudo valendo-se da ideia de que se trata de direitos inatos.¹¹¹

A constituição dos direitos fundamentais nasce de uma perspectiva ética universal, ancorada na ideia de dignidade humana. O percurso é longo, porém, até o seu estabelecimento formal, vinculado ao constitucionalismo.

Uma fonte importante do reconhecimento da dignidade humana, donde talvez se possa divisar o prenúncio dos direitos humanos e fundamentais, repousa na religião cristã. Antonio Padoa Schioppa relata a importância da Igreja em diversos aspectos da vida política que moldaram o direito europeu, e dentre os quais ressalta o reconhecimento da igual dignidade dos homens.

O anúncio evangélico compreendia uma série de enunciações de natureza estritamente religiosa, muitas das quais, porém, comportavam consequências diretas ou indiretas sobre a disciplina das relações entre os homens e nas relações dos indivíduos com as instituições seculares. (...) De modo mais geral, o mandamento do amor ao próximo e o respeito à pessoa humana – a toda pessoa, homem ou mulher, escravo ou livre, compatriota ou estrangeiro – implicavam uma inversão de costumes, de institutos e de preceitos de raízes milenares. É por isso que se pode explicar como a realização normativa desses princípios comportou, por sua vez, séculos e milênios – pense-se na abolição da escravidão e nas modernas cartas de direitos humanos – em uma evolução histórica que ainda não pode se dar por concluída.¹¹²

Não seria, porém, nem na Antiguidade tardia, nem no período medieval da Cristandade, que viria a se desenvolver de modo definitivo a ideia dos direitos fundamentais. Vale, porém, destacar algumas das características da organização jurídica medieval, e que colaboraram, dalgum modo, na futura edificação dos direitos fundamentais.

No âmbito social, segundo Alceu Amoroso Lima¹¹³, o princípio que forma a sociedade medieval é o da supremacia da Lei. A ordem social, e não o monarca, estava no centro do mundo jurídico. Frequentemente faz-se referência às denominadas *leis fundamentais do reino*, certas normas – costumeiras ou dispostas em foros ou estatutos – que

¹¹¹ Ibidem.

¹¹² SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do Direito na Europa: da idade média à idade contemporânea**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014. p. 20.

¹¹³ LIMA, Alceu Amoroso de. Op. cit., pp. 80 e ss.

não poderiam ser afastadas, e as quais nem mesmo a autoridade do Rei poderia revogar – prelúdio de uma futura supremacia da Constituição.¹¹⁴

Ainda mais, porém, que as denominadas leis fundamentais do reino, toda a ordem social do medievo – no período em referência – estava meticulosamente sujeita a regras, veiculadas por preceitos sociais, tradições, costumes e outras normas jurídicas.¹¹⁵

A ordem medieval era o direito inserindo-se em todas as modalidades da vida. Era a limitação, a regra, por toda a parte, em vez da licença e do arbítrio. Tanto assim que a reação antimoderna dos séculos modernos se fez sempre em nome da liberdade contra a autoridade. Em nome do livre exame das Escrituras, contra a Autoridade na interpretação dos textos sagrados. Em nome da soberania nacional, contra a autoridade espiritual do Papado. Em nome da liberdade cogitativa, contra as regras, lógicas e metafísicas da Escola. (...) Nada foi mais estranho ao espírito medieval do que o absolutismo régio.¹¹⁶

É segundo essa lógica social que se compreende a afirmação de um jurista inglês de grande relevo, Bracton, nos idos do século XIII, segundo a qual o rei se submete apenas a Deus e à Lei – porque “é a Lei que faz o Rei”.¹¹⁷

Do mesmo modo, Franz Wieacker, em sua *História do Direito Privado Moderno*, reconhece que a ordem autoritária da antiguidade tardia cedeu lugar a uma ordem compartilhada, em que o direito não era fruto da vontade de um senhor, mas resultado da tradição não-escrita; em que abriu-se espaço para o reconhecimento de direitos invioláveis dos homens livres, e para a cultura de valores cavaleirescos, posteriormente incorporada ao sistema jurídico.¹¹⁸

A comunidade, neste período, é a fonte jurídica por excelência. A maior fonte do direito é o costume – a representar não a expressão de uma vontade comunitária arbitrária, mas um desenvolvimento natural seu. O direito era, nesse sentido, antiindividualista – o sentido subjetivo de direito não era bem conhecido, a ponto de Michel Villey mencionar a inexistência mesma da concepção de direito subjetivo até a modernidade¹¹⁹.

A sociedade medieval, portanto, estava profundamente penetrada da ideia de lei, que exercia sobre ela uma supremacia completa. O direito era a base do

¹¹⁴ MACEDO, Dimas. *Formação do Poder Constituinte*. IN: BONAVIDES, Paulo (dir.). **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. N. 2. Jul/dez 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 596 e ss.

¹¹⁵ LIMA. Op. Cit. p. 82.

¹¹⁶ LIMA. Op. Cit. pp. 82-83.

¹¹⁷ H. R. LOYN (org.). **Dicionário da Idade Média**. Rio de Janeiro: Jorge Hazar, 1997. p. 58.

¹¹⁸ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. pp. 21-22

¹¹⁹ VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

organismo social, dele descendendo espontaneamente como elemento nativo da própria natureza da sociedade e do homem.¹²⁰

Desse modo, embora a sociedade medieval prezasse pela lei, a afirmação de direitos humanos ou fundamentais de caráter individual, como conhecidos hoje, não era compatível com o seu modo de organização; a organização social não estava preocupada em universalizar liberdades individuais, mas em delimitar e regular a vida comunitária.

O delineamento dos direitos fundamentais tem início mais marcado a partir daqueles eventos que se identificam com os primórdios do constitucionalismo. Assim é que a proclamação da Magna Charta, de 1215, por exemplo, já revela a afirmação de certas garantias básicas de liberdade e propriedade em face de um poder que se pretendia acima da lei (embora ainda restritas a uma pequena parcela da população).¹²¹ Mais tarde, ainda no Reino Unido, tem lugar a revolução gloriosa e a proclamação da Bill of Rights inglesa, marco do constitucionalismo¹²² e do caminho para a afirmação dos direitos fundamentais¹²³ – mais uma vez, se ressalta como constituição e direitos fundamentais são construtos entrelaçados.

O nascedouro definitivo dos direitos fundamentais vem, assim, de conhecidas Declarações. Primeiro, a Declaração de Direitos do Povo da Virginia – que inspirou outras declarações americanas, até culminar na Constituição Americana de 1787 – e, quase simultaneamente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da França revolucionária de 1789.

Tanto a declaração francesa quanto as americanas tinham como característica comum sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento. (...) Sintetizando, há que reconhecer a inequívoca relação de reciprocidade, no que concerne à influência exercida por uma declaração de direitos sobre a outra (...).¹²⁴

Os direitos fundamentais surgem como afirmação em momentos críticos, de ruptura institucional – seja pela revolução americana, seja pela revolução francesa – e em face de governos mais ou menos despóticos. Ademais, nascem inspirados na afirmação de valores

¹²⁰ LIMA. Op. Cit. p. 89.

¹²¹ MIRANDA, Jorge. Op. cit.. p. 17.

¹²² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 11.

¹²³ Embora convenha ressaltar a posição de SARLET, segundo quem ainda não se pode falar, então, de direitos fundamentais, porquanto tais limitações ao poder estatal eram modificáveis pelo Parlamento. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 50.

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 51.

iluministas, individualistas, de exaltação do homem. Daí se verifica a modificação do enfoque que caracteriza a nova fase de organização política, em que se dá maior relevo aos direitos do que aos deveres do cidadão em face do Estado¹²⁵.

Nesse primeiro momento de consagração de direitos, portanto, verifica-se a tentativa de proteção do cidadão sobretudo em face do Estado, embora também de outrem, e a maior ênfase nos direitos pessoais à vida, de liberdade e de propriedade (direitos civis e políticos). Com efeito, o momento histórico em que são reconhecidos – relativo ao alcance do poder político pela burguesia – é o do nascedouro do Estado de Direito sobre as ruínas do absolutismo, e o do triunfo do liberalismo¹²⁶.

Os direitos fundamentais, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, marcando uma zona de não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder.¹²⁷

É nessa quadra histórica, do mesmo modo, que se formam certas garantias processuais – como o devido processo legal e o direito ao habeas corpus – e que tem nascedouro, na jurisprudência norte-americana, o controle de constitucionalidade, com a consagração, no julgamento de *Marbury v. Madison*, da ideia de supremacia da Constituição e da nulidade de normas infraconstitucionais contrárias ao seu texto – pensamento cuja força foi essencial no desenvolvimento e na preservação dos direitos fundamentais.¹²⁸

Posteriormente, diversos fatores viriam a conduzir à abertura da abrangência dos direitos fundamentais, retirando-lhes a ênfase quase exclusiva em autonomia privada e liberdade para conduzi-los à promoção de igualdade social (ou, pelo menos, de melhoria das condições sociais).

Entre esses fatores, devem se contar a industrialização – com as questões sociais que decorreram deste processo; o surgimento de movimentos reivindicatórios e a

¹²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, IDP, 2008. pp. 232-233.

¹²⁶ SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. pp. 32-35.

¹²⁷ SARLET, Ingo. Op. Cit. p. 55.

¹²⁸ SEGADO, Francisco. Fernández. *La sentencia Marbury v. Madison*. **Revista de Las Cortes Generales**. v. 83. pp. 7-133. Segundo quadrimestre de 2011. p. 91.

intensificação da participação política dos trabalhadores; o desenvolvimento de uma forte base intelectual em defesa da participação estatal no desenvolvimento social – seja pelas doutrinas socialistas, que tanto influenciaram o mundo¹²⁹, seja pela doutrina social da Igreja¹³⁰, que teve papel muito destacado nesse processo; e, ainda, a crise de confiança no liberalismo, durante o período pós-1929, com a quebra da bolsa de Nova Iorque¹³¹.

A nota distintiva desses direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um “direito de participar do bem-estar social”. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.¹³²

Os direitos sociais da denominada segunda geração são voltados à garantia de liberdades sociais (participação sindical, greve, etc.) e de prestações estatais, como regulação do trabalho, saúde, assistência social, educação, entre outras.

Enquanto a primeira geração dos direitos fundamentais tem correspondência proeminente na preservação da liberdade individual, na autonomia da vontade e na propriedade, a segunda geração nasce em vista da promoção da igualdade material.

A igualdade passa a ser o elemento qualificador e essencial da democracia e, acima de tudo, na sua acepção substancial, princípio de superação de obstáculos de ordem econômica e social. (...)

Os direitos fundamentais de segunda geração são, pois, os direitos econômicos, sociais e culturais, nos quais o Estado assume indiscutível função promocional, satisfazendo as pretensões dos cidadãos, tendo por objetivo concretizar os primados da igualdade material.¹³³

O Estado de Bem-Estar Social (*welfare state*) que subjaz à consagração desses direitos surge principalmente a partir das Constituições mexicana (1917) e de Weimar (1919)¹³⁴, mas se desenvolve mundialmente nas Constituições do pós-guerra.¹³⁵

¹²⁹ E tanto mal fizeram.

¹³⁰ Conjunto de encíclicas e pronunciamentos papais, que formam um corpo doutrinário coerente, em defesa da solidariedade, subsidiariedade, bem comum e respeito à vida humana. Embora a doutrina da Igreja trate de tais assuntos desde o seu surgimento (a própria Bíblia é fonte de tais temas), tem-se o seu marco inicial com a Encíclica *Rerum Novarum*, de Sua Santidade o Papa Leão XIII (1891).

¹³¹ Recorde-se que, com a crise, o presidente Roosevelt buscou aprovar projetos com regulação do Mercado e aprovação de direitos trabalhistas, enfrentando a oposição da Suprema Corte, em um episódio que rendeu um ‘*court-packing plan*’, abortado após mudança de voto, para modificar a composição do pretório.

¹³² SARLET, Ingo. Op. Cit. pp. 55-56.

¹³³ SCHÄFER, Jairo. Op. Cit (2013). pp. 51-52.

¹³⁴ Ibidem. p. 48.

¹³⁵ SARLET, Ingo. Op. Cit. p. 56.

O período é parcialmente coincidente, portanto, com o triunfo do modelo de controle concentrado de constitucionalidade por meio de Cortes Constitucionais, surgidas na Europa pós-1945. A prevalência da opinião de Kelsen acerca de quem deveria ser o guardião da Constituição dá força normativa e confere autêntica hierarquia ao direito constitucional, confirmando, gradualmente, a relevância dos direitos fundamentais.¹³⁶

Segundo Schioppa, o momento é de transição do Estado legislativo ao Estado Constitucional. Os horrores das duas grandes guerras puseram em discussão o fundamento do direito, levando à constitucionalização de direitos e de princípios de justiça, a reabilitação de fontes do direito como o costume e a doutrina.

Além disso, as modernas constituições incluem, ao lado de regras jurídicas precisas e taxativas sobre os direitos das pessoas e sobre os poderes do Estado, uma série de princípios – de liberdade, de justiça, de igualdade, de proteção aos fracos e assim por diante – que não são expressos na forma de regras diretamente aplicáveis, mas na forma de enunciados programáticos (...)¹³⁷

Posteriormente, desenvolveu-se ainda uma terceira geração dos direitos fundamentais, que responde ao aumento de complexidade da sociedade e à percepção da existência de certos bens comuns ou cujo destinatário é indeterminado – e cuja proteção, portanto, não poderia ser bem adaptada à titularidade meramente individual.

Os direitos fundamentais de terceira geração são os direitos da solidariedade humana, pois não se destinam a pessoas determinadas ou a grupos de pessoas, mas têm por destinatário toda a coletividade, em sua acepção difusa, como o direito à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade.¹³⁸

Conforme ressalta Sarlet, a maior parte dos direitos desta terceira geração ainda não encontra expressa previsão nos textos constitucionais, embora já tenham sido albergados em vasto número de tratados e outros documentos transnacionais¹³⁹. Menciona-se, ainda, a existência de autores que já falam em uma quarta geração dos direitos fundamentais, entre os quais se incluiriam a democracia, o pluralismo e o direito à informação (parcialmente já reconhecidos em nosso texto constitucional).

¹³⁶ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013. pp. 277-282.

¹³⁷ SCHIOPPA, Antonio Padoa. Op. Cit. p. 436.

¹³⁸ SCHÄFER, Jairo. Op. Cit. (2013). p. 56.

¹³⁹ SARLET, Ingo. Op. cit. p. 58.

A apresentação histórica do surgimento dos direitos fundamentais em ondas ou gerações, porém, não deve indicar que as gerações sucessivas suplantaram as anteriores, anulando os direitos ali consagrados. Na verdade, a sucessão histórica pode ter o condão de modificar o alcance e a compreensão dos direitos fundamentais, atualizando seu sentido para o tempo presente, sem, contudo, invalidá-los¹⁴⁰. Assim é que o direito de propriedade – quase absoluto no momento inicial da constitucionalização, ou na primeira geração – passa, nos tempos atuais, a sofrer severas restrições referentes à função social e à preservação do equilíbrio ambiental.

As perspectivas geracionais acabam por permitir a classificação dos direitos fundamentais segundo critérios funcionais, como se verá mais adiante. Até o presente ponto, entretanto, buscava-se mais propriamente apresentar um breve histórico do desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, portanto, exercem o importante papel de assegurar às pessoas certas expectativas que – dada a sua relevância social – são merecedoras de um grau de proteção superior, e na defesa das quais o Estado emprega o mais alto esforço que lhe é possível. Por essa razão, ainda, é que as normas de direitos fundamentais estão identificadas com a Constituição, e que a proteção dos direitos fundamentais, do mesmo modo, tem o seu *loco* preponderante no Estado Democrático de Direito¹⁴¹, assentado na prevalência do constitucionalismo.

Na esteira de Jorge Miranda, pode-se reconhecer um conceito formal e um conceito material de direitos fundamentais. Sob o prisma formal, deve se dizer que direito fundamental “é toda a posição jurídica subjectiva das pessoas enquanto consagrada na *Lei Fundamental*”; sob o prisma material, a despeito de todas as dúvidas que possa haver quanto ao ponto, o direito fundamental deve ser identificado como o que é inerente à própria condição de pessoa – e vinculado à sua dignidade humana.¹⁴²

Aliás, com o conceito material de direitos fundamentais não se trata de direitos declarados, estabelecidos, atribuídos pelo legislador constituinte, pura e simplesmente; trata-se também dos direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da ideia de Direito, do sentimento jurídico colectivo (conforme se entender, tendo em conta que estas expressões correspondem a correntes filosófico-jurídicas distintas). Ora, sendo assim, só muito difícil, senão

¹⁴⁰ MENDES, BRANCO e COELHO. *Curso*. p. 234.

¹⁴¹ Sobre o ponto, Jorge Miranda recorda que o totalitarismo não pode gestar direitos fundamentais. In: *Manual...*, p. 8.

¹⁴² MIRANDA, Jorge. *Op cit.* pp. 8-9.

impossivelmente, poderá julgar-se que tal concepção, tal ideia ou tal sentimento não assente num mínimo de respeito pela dignidade do homem concreto. O que significa que, ao cabo e ao resto, poderá encontrar-se, na generalidade dos casos, com maior ou menos autenticidade, a proclamação de direitos postulados pelo Direito Natural – para quem o acolha – e de vocação comum a todos os povos.¹⁴³

Há características comumente associadas aos direitos fundamentais: a universalidade, no sentido de que todos os homens (no sentido de humanidade, não de gênero), independentemente de nacionalidade e de condições pessoais, são capazes desses direitos¹⁴⁴; o caráter absoluto – esse já não aceito no sentido de ilimitado, porque não há direitos ilimitados –, a significar a sua oponibilidade *erga omnes*; a historicidade, a significar a sua variabilidade no curso da história; a inalienabilidade e indisponibilidade, ao menos no que diz respeito ao seu núcleo, permitindo-se, porém, a cessão ou limitação de seu exercício (em caráter não-definitivo); a vinculação dos Poderes Públicos; a aplicabilidade imediata (consagrada expressamente em nosso texto constitucional).¹⁴⁵

2) A Perspectiva Objetiva dos Direitos Fundamentais.

Desde as origens da tradição dos direitos fundamentais, figura a ideia de que estes direitos não se limitam a seu aspecto subjetivo, mas configuram ainda princípios objetivos da ordem constitucional; contudo, essa dimensão objetiva nem sempre logrou grande adesão na doutrina jurídica, vindo a desenvolver-se bastante mais tarde.¹⁴⁶

Essas circunstâncias forjam a singularidade, a estrutura e a função dos direitos fundamentais: garantem não só direitos subjetivos dos indivíduos mas **também princípios objetivos básicos para o ordenamento constitucional democrático e do Estado de Direito**, fundamentos do Estado constituído pelos ditos direitos e seu ordenamento jurídico.¹⁴⁷

¹⁴³ Ibidem. p. 10.

¹⁴⁴ Paulo Bonavides fala em uma nova universalidade a partir da Declaração da ONU, de 1948, e dos diversos tratados e declarações internacionais sobre direitos humanos, que, segundo sustenta, valorizam o homem acima de sua cidadania nacional, como pessoa humana. In: BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 573.

¹⁴⁵ MENDES, BRANCO e COELHO. *Curso...* pp. 239-253.

¹⁴⁶ HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva – IDP, 2009. p. 40. Sobre o ponto, Hesse afirma que a perspectiva objetiva, na Alemanha, aparece em 1948; perde-se no período da Constituição de Weimar, que se limita ao conhecimento das garantias institucionais, e retorna posteriormente.

¹⁴⁷ Ibidem. p. 38.

Paulo Bonavides narra o processo de formulação da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais. Inicialmente, faz distinção entre garantias da Constituição e garantias dos direitos subjetivos. As primeiras se prestam a assegurar a manutenção da ordem constitucional instituída; as outras, a resguardar o exercício de direito deferido.¹⁴⁸

No momento subsequente, houve uma transição teórica, a partir das garantias constitucionais desprovidas de conteúdo individualista e no sentido de formulação da teoria das garantias institucionais (embrião da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais).

Seriam formas de garantias da Constituição, desprovidas de conteúdo subjetivo individualista – a partir de exemplo extraído de Rui Barbosa – a dualidade cameral, a colaboração da chefia do Executivo na produção legislativa, as imunidades parlamentares, entre outras, como garantias constitucionais desprovidas de conteúdo subjetivo individualista.¹⁴⁹

Essa teoria se aproxima à formulação, inicialmente desenvolvida por Carl Schmitt, de garantias institucionais.

A garantia institucional não pode deixar de ser a proteção que a Constituição confere a algumas instituições, cuja importância reconhece fundamental para a sociedade, bem como a certos direitos fundamentais providos de um componente institucional que os caracteriza.¹⁵⁰

A doutrina da garantia institucional surge entre os alemães do período da Constituição de Weimar, e prescreve a proteção institucional com uma pauta mínima de intangibilidade – seja de instituições (públicas), seja de institutos (de direito privado), cujo valor é reconhecido pela Constituição. Refere-se à proteção da essência da instituição, podendo ser maior ou menor de acordo com o valor atribuído pelo Estado a uma instituição.¹⁵¹

A garantia institucional visa, em primeiro lugar, assegurar a permanência da instituição, embargando-lhe a eventual supressão ou mutilação e preservando invariavelmente o mínimo de substantividade ou essencialidade, a saber, aquele cerne que não deve ser atingido nem violado, porquanto se tal acontecesse, implicaria já o perecimento do ente protegido.¹⁵²

¹⁴⁸ BONAVIDES, Paulo. Op. Cit. p. 533.

¹⁴⁹ Ibidem. p. 535.

¹⁵⁰ Ibidem. p. 537.

¹⁵¹ Ibidem. p. 540.

¹⁵² Ibidem. p. 542.

As garantias institucionais – a partir de Schmitt – nascem da proteção aos direitos sociais, que gera a percepção da necessidade de se conferir tutela à Instituição, realidade social rica e que proporciona os valores existenciais em plenitude. A partir dessa formulação, passou-se a identificar, a par do conceito subjetivo, um conceito objetivado de direitos fundamentais, vinculado a valores sociais que demandam realização e atuação do Estado. “Cresceu, pois, com a introdução dos direitos fundamentais da segunda geração o juízo de que esses direitos representam de certo modo uma ordem de valores (...)”¹⁵³.

A partir dessa formulação, a Lei Fundamental de 1949, da Alemanha, dá impulso para o reconhecimento da dimensão objetiva. Com o julgamento do Caso Luth¹⁵⁴, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha firmou o entendimento (já expresso em julgados anteriores) de que os direitos constitucionais espalhavam seus efeitos sobre os demais ramos do direito, como ordem de valores vinculativa dos órgãos estatais.¹⁵⁵

Dentro do ordenamento federal, os direitos fundamentais criam um *standard* constitucional unitário de direitos e princípios, que funda uma certa homogeneidade e que, com este efeito, pertence aos fundamentos de nosso federalismo atual.¹⁵⁶

À dimensão subjetiva dos direitos fundamentais corresponde o fato de ensejarem os direitos uma pretensão a que se adote uma determinada conduta. Essa conduta pode ser negativa (respeito à liberdade de outrem) ou positiva (prestação), ou ainda pode se referir à atribuição de uma competência subjetiva.¹⁵⁷

Aliada a essa dimensão subjetiva, subsiste outra, que consigo mantém relação de remissão e de complemento recíproco – como afirma Hesse¹⁵⁸ – a saber, a dimensão objetiva.

A dimensão objetiva resulta do significado dos direitos fundamentais como princípios básicos da ordem constitucional. Os direitos fundamentais são da essência do Estado de Direito democrático, operando como limite do poder e como diretriz para sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos os poderes constituídos.¹⁵⁹

¹⁵³ Ibidem. pp. 567-568.

¹⁵⁴ BVerfGE 7, 198-230.

¹⁵⁵ SARLET, Ingo. Op. Cit. p. 156 e nota de rodapé n. 369.

¹⁵⁶ HESSE, Konrad. Op. Cit. p. 68.

¹⁵⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. IN: MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, IDP, 2000. p. 152

¹⁵⁸ HESSE, Konrad. Op. Cit. p. 66.

¹⁵⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit. p. 153.

Desse modo, além do âmbito individual (e coletivo), há uma transcendência dos direitos fundamentais, que lhes confere o papel de norma capaz de filtrar os valores básicos da sociedade – definição dos bens jurídicos preferenciais – e levá-los a todo o ordenamento constituído.

A faceta objetiva dos direitos fundamentais, que ora é objeto de sumária análise, significa, isto sim, que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada função autônoma, que transcende esta perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdos normativos e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais.¹⁶⁰

Como consequência da dimensão objetiva, ressalta-se a ideia de que o bem jurídico tutelado pelo respectivo direito fundamental passe a ser visto como um valor em si, que deve ser preservado e fomentado, assumindo contornos mais complexos que a mera perspectiva individual poderia compreender. É nesse sentido, e. g., que o direito fundamental – em sua perspectiva objetiva – legitima até mesmo restrições a liberdades individuais, como o interdito ao uso de drogas ou a imposição do cinto de segurança, devidos ao bem jurídico da vida, protegido pelo respectivo direito fundamental.¹⁶¹

Como uma das implicações diretamente associadas à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrente da ideia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais da comunidade, está a constatação de que os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, já que se cuida de valores e fins que esta deve respeitar e concretizar.¹⁶² (p. 160).

Outra consequência muito relevante que essa perspectiva proporciona é a existência de um dever, pelo Poder Público, de proteção aos bens jurídicos abarcados nos direitos fundamentais, respeitadas a liberdade de conformação legislativa e a busca de um mínimo de eficácia. Assim, mesmo direitos de defesa apresentam um enfoque de prestação positiva, no sentido de impor a adoção de medidas que lhes assegurem a adequada manutenção. Paulo Branco cita, quanto ao ponto, decisão do Tribunal Constitucional Alemão

¹⁶⁰ SARLET, Ingo. Op. Cit. p. 158.

¹⁶¹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit. p. 153.

¹⁶² SARLET, Ingo. Op. Cit. p. 160.

que determinou não apenas o dever de não-interferência, mas – o que é muito mais significativo – o dever de proteção, pelo Estado, da vida em formação.¹⁶³

Além desses efeitos, a concepção dos direitos fundamentais como normas objetivas supremas do ordenamento jurídico tem uma importância capital, não só teórica, para as tarefas do Estado. Partindo dessa premissa da vinculação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário aos direitos fundamentais (art. 1.3 GG), surge não só uma obrigação (negativa) do Estado de abster-se de ingerências no âmbito que aqueles direitos protegem mas também uma obrigação (positiva) de levar a cabo tudo aquilo que sirva à realização dos direitos fundamentais, inclusive quando não conste uma pretensão subjetiva dos cidadãos.¹⁶⁴

Finalmente, outra consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é a sua eficácia irradiante, que faz com que tais direitos – reconhecidos os bens jurídicos protegidos como valores – funcionem como diretrizes para a interpretação e para a aplicação das normas jurídicas.¹⁶⁵ Reforça-se, pois, a noção de interpretação conforme aos direitos fundamentais. Associada à eficácia irradiante, há a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais – em relações privadas.¹⁶⁶

A descoberta (ou redescoberta) da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais revela, acima de tudo, que estes – para além de sua condição de direitos subjetivos (e não apenas na qualidade de direitos de defesa) permitem o desenvolvimento de novos conteúdos, que, independentemente de uma eventual possibilidade de subjetivação, assumem papel de alta relevância na construção de um sistema eficaz e racional para sua (dos direitos fundamentais) efetivação.¹⁶⁷

Desse modo, verifica-se que a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais traz esses direitos ao centro do ordenamento jurídico, conferindo-lhes o *status* de norma fundante, capazes de orientar a atuação do Estado, a relação entre os indivíduos, a interpretação de todos os ramos do direito; enfim, os bens jurídicos que constituem o objeto dos direitos fundamentais são o núcleo de uma ordem de valores constitucional cujos efeitos se espalham para toda a estrutura jurídica.

À ideia da ordem de valores – jurisprudência dos valores – levantaram-se objeções. Alexy narra a ocorrência da objeção filosófica de Max Scheler, segundo a qual o

¹⁶³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit. pp. 154-155.

¹⁶⁴ HESSE, Konrad. Op. Cit. p. 71.

¹⁶⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Op. Cit. p. 155.

¹⁶⁶ SARLET, Ingo. Op. Cit. p. 162.

¹⁶⁷ Ibidem. p. 165.

modo de valoração axiológica, voltada para o “ser dos valores” seria diverso e incompatível com o modo de sopesamento deontológico, porquanto intuicionista e, finalmente, subjetivista e arbitrário. O autor responde à crítica sustentando que as teorias intuicionistas de valores não se adequam à aproximação entre princípios e valores, mas que uma teoria valorativa menos marcada, que aceite a validade ou invalidade dos critérios de valoração, é compatível com o caráter normativo dos princípios.¹⁶⁸

Alexy narra, ainda, as objeções metodológicas contra a ideia de *ordem hierarquizada de valores* – que o autor acolhe, ao sustentar a impossibilidade de definição *a priori*, e independente do caso concreto, de princípios preponderantes, sendo necessária a ponderação para se alcançar uma regra de precedência condicionada – e contra o sopesamento, este defendido pelo jurista, que sustenta a fundamentação do processo como meio legitimador da racionalidade da decisão.¹⁶⁹

Por isso, o simples argumento de que os valores desempenham um papel no sopesamento não constitui uma objeção à possibilidade de fundamentação racional das decisões ponderativas, a não ser que se diga que a argumentação jurídica se torna sempre não-racional ou irracional tão logo se adentre o âmbito das valorações não definidas de forma cogente.¹⁷⁰

Humberto Ávila, em teoria de grande relevo, nega que haja um caráter essencial de ponderabilidade nos princípios. Afirma o jurista que esse critério está presente em parte deles, mas sustenta a existência de certas categorias de princípios – como os princípios estruturantes (federação, separação de poderes, etc.) e os que estabelecem parâmetros de concretização – que não seriam suscetíveis de ponderação, devendo permanecer como referencial interpretativo.¹⁷¹

Nada obstante, o jurista indica o critério de orientação teleológica dos princípios em relação às outras normas, demonstrando acolher, ainda que parcialmente, a ideia de que os princípios conformam o sistema jurídico – e que, assim, poderiam ser reconduzidos à noção de uma ordem constitucional que orienta todo o ordenamento, embora manifeste contrariedade com a vinculação entre valores e princípios.

¹⁶⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 157.

¹⁶⁹ *Ibidem*. p. 165.

¹⁷⁰ *Ibidem*. p. 172.

¹⁷¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 126.

A redefinição dos princípios como normas que sobre-prescrevem fins, servem de fundamento normativo para o processo de concretização normativa, como aqui sustentado, é importante porque exclui, da definição dos princípios, a sua possibilidade de restrição e de conseqüente afastamento.¹⁷²

Ora, valores e bens jurídicos constitucionais não deixam também de ter caráter finalístico¹⁷³, visto que incumbe ao Poder Público, como já visto, diligenciar pela sua proteção; assim, devem, na medida do possível, ser prestigiados pela ordem constitucional e conduzir a interpretação das normas jurídicas. Não se vê, e. g., pelo menos no que diz respeito à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, razão para grave dissenso entre a afirmação de que haja um princípio constitucional relativo ao direito à vida e aquela formulada no sentido de ser a vida um valor constitucionalmente protegido (artigo 5º, *caput*, da Constituição).

Assim, adota-se no presente trabalho a noção da dimensão objetiva dos direitos fundamentais como normatividade garantidora dos bens jurídicos que são tutelados pelos mesmos direitos, e definidora de uma ordem constitucional que perpassa toda a interpretação jurídica, espalhando seus efeitos pelo ordenamento.

Essa noção haverá de ser importante, pois, a fim de se determinar seus eventuais efeitos sobre os direitos fundamentais que incidem sobre a religião.

3) Dos quatro *status* à multifuncionalidade e à unicidade dos direitos fundamentais.

Em seu sistema de direito público, Jellinek expõe a ideia dos *status* dos direitos dos indivíduos¹⁷⁴ – ideia que se tornou globalmente conhecida e serve de referência para o construto da multifuncionalidade dos direitos fundamentais.

O autor retoma a ideia de que, desde a Declaração da Virginia, seguida pela Revolução Francesa e por outras declarações europeias, a proclamação de direitos fundamentais é considerada um dos deveres essenciais do Estado. Este dever decorreria da perspectiva contratualista, segundo a qual ao sacrifício voluntário de uma parte da liberdade, para a constituição do Estado, deveria corresponder a segurança na fruição da outra parte da

¹⁷² ÁVILA, Humberto. Op. cit. p. 128.

¹⁷³ Segundo a formulação tomista, o fim tem razão de bem – *finis habet rationem boni*.

¹⁷⁴ Para uma síntese, do próprio autor, acerca dos *status* do indivíduo frente ao Estado, vide JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Buenos Aires: Editorial Albatroz, 1973. pp. 314-320.

liberdade. Ressalta, porém, que contrariamente a essa perspectiva, os direitos fundamentais têm nascedouro na história, e não como o produto de um sistema lógico necessário.¹⁷⁵

È da tutti risaputo, che essi costituiscono innanzi tutto la negazione delle restrizioni, che erano state in vigore fino allora. Perché prima vi era stata una censura, fu proclamata la libertà della stampa; perché vi era stata la costrizione religiosa, fu proclamata la libertà di fede.¹⁷⁶

A finalidade da enumeração dos direitos era de dupla proteção: contra as autoridades judiciárias (e especialmente contra a polícia), mas também em face do próprio legislador. Contudo, como a maior parte dos países não detinha um mecanismo funcional de controle de constitucionalidade, a proteção em face do legislador não ocorria; pelo contrário, era apenas pela via da lei que se atribuía substância às liberdades constitucionais, que se identificavam com o limite que se lhes era dado pelo legislador.

Daí a formulação da liberdade jurídica: o indivíduo não deve ser constrangido pelo Estado a alguma prestação contrária à lei, e, por consequência disso, tem o direito, derivado do reconhecimento de sua liberdade, de que as autoridades se abstenham de dar-lhe ordens em desconformidade com a norma referida, e a pretensão de que tais ordens, uma vez ocorridas, sejam anuladas.¹⁷⁷

Assim como ao direito real corresponde um dever de abstenção imponível *erga omnes*, o *status* negativo se relaciona ao dever imposto a toda autoridade estatal que venha a encontrar-se em relação ao indivíduo. Seria, portanto, um *status* absoluto, que deve ser respeitado por todas as autoridades, enquanto os demais estados se dirigiriam, de regra, a autoridades determinadas.¹⁷⁸

O que qualifica as liberdades do *status negativo* em relação à mera existência de uma abstenção reflexa do direito objetivo é a sua exigibilidade individual – a caracterizar o direito subjetivo. Como afirma Jellinek, “a possibilidade de dar origem a ações jurídicas titularizadas pelo indivíduo constitui a diferença essencial entre o *status* negativo e o simples

¹⁷⁵ JELLINEK, Georg. **Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi**. Trad. da 2ª edição alemã. Milão: Società Editrici Libreria, 1912. p. 106.

¹⁷⁶ Ibidem. p. 106. Tradução livre: “É consabido que [os direitos fundamentais] constituíram, em primeiro lugar, a negação das restrições que estavam em vigor até então. Porque primeiro havia uma censura, foi proclamada a liberdade de imprensa; porque havia restrição religiosa, foi proclamada a liberdade de fé”.

¹⁷⁷ Ibidem. p. 115.

¹⁷⁸ Ibidem. p. 117.

efeito reflexo do direito objetivo”¹⁷⁹. Daí que as decisões em matéria administrativa sempre estariam vinculadas a responder uma única questão, a saber, se há ou não vínculo de subordinação (de obediência) exigível do cidadão naquela relação em exame.

Em seguida, trata da distinção entre o estabelecimento legal de privilégios e a redução do *status negativo* em prejuízo de determinada pessoa ou grupo de pessoas. As limitações da esfera de liberdade individual podem ocorrer por diversos motivos: tutela de incapazes, proteção a terceiros, aplicação de pena, relações especiais de sujeição. A pena é uma ampliação autorizada do *status* passivo (subordinação) do indivíduo ao Estado.¹⁸⁰

As relações especiais de sujeição, descritas como fator limitante ao *status negativo*, são aquelas em que o indivíduo se encontra em virtude de lei, de contrato ou da prática de um delito. Entre essas limitações, estão as dos jurados, dos militares, dos empregados públicos; não se referem apenas ao dever de prestar determinado serviço, mas incluem normas de conduta e proibições afetas à garantia da dignidade da função ou da sua execução.¹⁸¹

Para Jellinek, o *status negativo* constitui uma unidade absoluta. Sua violação indicaria, independentemente do fato concreto, uma violação da liberdade do indivíduo.

Passando ao *status positivo*, ou *status civitatis*, a sua explicação tem início no seguinte raciocínio: a ação estatal tem por fim o interesse público; ocorre, entretanto, que por vezes há coincidência entre o interesse público e o individual. Nessas circunstâncias, reconhecendo a coincidência de interesses, o Estado pode conceder ao indivíduo o direito à exigibilidade da ação estatal e lhe pôr à disposição remédios que possam obter a sua realização.¹⁸² Se não o faz, passa a tutelar o interesse individual de modo apenas reflexo, como resultado – não diretamente exigível pelo cidadão – da atuação em prol do interesse geral. É o exemplo (aproximado) que Jellinek fornece em relação ao Estado Policial do século XVII.

Em virtude da concessão de pretensões jurídicas positivas em relação ao Estado, o fato de ser um membro do Estado se transforma, de uma relação com um duplo caráter, em um estatuto jurídico tal que, ao mesmo tempo, dá faculdades e impõe deveres. Esta condição é aquela que é designada como pertença ao Estado (*Staatsangehörigkeit*), como a cidadania, como direito de cidadania, como *nationalité*.¹⁸³

¹⁷⁹ Loc. cit.

¹⁸⁰ Ibidem. p. 124.

¹⁸¹ Ibidem. p. 125.

¹⁸² Ibidem. p. 127.

¹⁸³ Ibidem. p. 129. Tradução livre do original: “In forza della concessione di pretese giuridiche positive verso lo Stato, il fatto di essere membro dello Stato si trasforma da un rapporto avente un doppio carattere, in una

A pertença ao Estado (cidadania) é de difícil definição, quanto aos critérios, porque suscetível de variação segundo lugar e tempo. Entretanto, pode-se reconhecê-la como o fazer parte duradouramente de um determinado Estado, independentemente da circunstância de residir em seu território. Essa pertença tem conteúdo, a um só tempo, de dever e de direito.¹⁸⁴

Na visão do autor, os deveres são prévios, pois que nascem junto com o próprio Estado. Já as vantagens concedidas aos indivíduos podem ser de duas formas: umas, que decorrem diretamente do direito objetivo, como reflexo, mas não são exigíveis; outras, as que têm algum meio que as torna formalmente exigíveis diante do Estado.

Assim o *status positivo* representa para o indivíduo a capacidade juridicamente tutelada de pretender prestações positivas do Estado, enquanto para o Estado representa o dever jurídico de exercer sua atividade no interesse individual.

Desse modo, o *status positivo* contrapõe-se ao negativo, na medida em que o último demarcaria esfera de não-atuação estatal – e de liberdade do indivíduo – enquanto o primeiro busca justamente o exercício da tutela estatal em benefício do cidadão.

E, do mesmo modo que no *status negativo* a questão jurídica a decidir é se existe para o caso dever de subordinação do indivíduo, no *positivo* a questão é saber se existe ou não, no caso, liberdade estatal.¹⁸⁵ Menciona, ainda, que a igualdade jurídica existente no *status positivo* é referida ao direito objetivo, mas não às pretensões individuais, que são modificadas por variáveis individuais.¹⁸⁶

Em seguida, Jellinek passa a tratar do *status ativo* (*status activae civitatis*). Examina, inicialmente, a ideia de que as normas jurídicas que definem o funcionamento do aparelho estatal (e, aqui, quais as pessoas que participam nos órgãos do Estado), são estabelecidas em função do interesse do Estado, e, por essa razão, não haveria sentido em falar-se de pretensões jurídicas individuais à participação nos órgãos do Estado – e, assim,

condizione giuridica cioè, che nello stesso tempo attribuisce facoltà ed impone doveri. Questa condizione è quella che vien designata come appartenenza allo Stato (Staatsangehörigkeit), come cittadinanza, come diritto di cittadinanza, come nationalité”.

¹⁸⁴ Ibidem. p. 131.

¹⁸⁵ Ibidem. p. 134.

¹⁸⁶ Ibidem. pp. 149-150.

tudo o que se apresenta vulgarmente como direito político individual seria mero reflexo do direito objetivo, sem exigibilidade.¹⁸⁷

Ao responder a demanda, divide-se a prestação do serviço no interesse estatal em dois casos: o primeiro, quando se trata da imposição de um dever jurídico, hipótese em que o interesse ou a vontade individual de nada influem na decisão estatal. Aí estariam o serviço do júri, o serviço militar, entre outros. O segundo caso é aquele em que “o Estado atribui ao indivíduo uma capacidade, conexas com a de sua pessoa, de agir como órgão do Estado. Não se restringe, pois, a esfera do indivíduo mediante a imposição de um dever, mas, inversamente, alarga-se a sua capacidade jurídica de agir”¹⁸⁸.

In altri termini, all'individuo viene attribuito un nuovo *status*, che è lo *status activae civitatis*, o, più brevemente, *status attivo*.¹⁸⁹

A chave para a caracterização desse *status* é a conjugação do interesse estatal com a presença de interesse individual, representado pela voluntariedade do exercício da função: “somente onde o Estado supõe que um mencionado interesse individual exista em alta medida, pode abster-se de constranger ao exercício das funções correspondentes”.¹⁹⁰ Recordase que a própria ideia de liberdade para os antigos era vinculada à participação nas funções do Estado.

As qualificações passivas, enquanto não eleito ou empossado o interessado – elegibilidade e capacidade para exercício de cargo, por exemplo – são puramente reflexo do direito objetivo, e, portanto, não dão origem a uma pretensão jurídica. Uma vez no exercício da função, há mudança com relação a esta condição. Aos eleitos e empossados, assim como àqueles que têm alguma pretensão legítima a ser órgão do Estado, se atribui a qualificação ativa – que se torna juridicamente exigível. Do mesmo modo, o empregado público pode ter direito a manter sua condição de trabalho ou sua posição.¹⁹¹

O *status ativo* inclui, na visão de Jellinek, o direito individual a figurar na lista de eleitores e, portanto, tomar parte no colégio eleitoral (mas não o direito, em sentido estrito, de votar, porque isso seria um ato praticado pelo cidadão como parte de um órgão estatal – o

¹⁸⁷ Ibidem. p. 152.

¹⁸⁸ Ibidem. p. 154.

¹⁸⁹ Loc. cit.

¹⁹⁰ Ibidem. p. 155.

¹⁹¹ Ibidem. p. 156.

colégio eleitoral). Diferentemente dos estados negativo e positivo, que podem prescindir até certo ponto da cidadania, o estado ativo pressupõe em regra a pertença do sujeito à comunidade política como cidadão.¹⁹²

Como já visto, Jellinek trata ainda de um quarto estado – o *status passivo*, ou de subordinação. Não se trata, a rigor, de uma situação jurídica que proporcione pretensão a algum direito subjetivo e, por essa razão, não se trata tampouco de assunto que careça de aprofundamento; na verdade, a maior utilidade do construto é a complementação lógica e teórica dos demais *status*.

Faz, assim, uma síntese de sua teoria:

Nestes quatro *status*, o passivo, o negativo, o positivo e o ativo, se resumem as condições nas quais o indivíduo pode se encontrar no Estado, como seu membro. Prestações ao Estado, liberdade em relação ao Estado, pretensões em face do Estado e prestações por conta do Estado são os pontos de vista dos quais se pode considerar a situação de direito público do indivíduo. Estes quatro *status* formam uma linha ascendente, na medida em que primeiro o indivíduo, pelo fato de ser sujeito a prestar obediência ao Estado, apresenta-se privado de personalidade; depois se lhe é reconhecida uma esfera independente, livre do Estado; então, o próprio Estado se obriga a prestações em seu favor, ao fim de que, por último, a vontade individual é chamada a participar do exercício de poder estatal ou, quiçá, vem reconhecida como investida do *imperium* estatal.¹⁹³

Jorge Miranda ressalta que a proposta de Jellinek corresponde, de certa maneira, ao processo histórico de emancipação do homem: primeiro, a obtenção da liberdade e do reconhecimento como sujeito de direito, seguidos do acesso a bens e serviços fornecidos pelo Poder Público e, finalmente, o direito de participação ativa no Estado, tornando-se o cidadão sujeito do poder político.¹⁹⁴

A teoria dos quatro *status* comporta, como é evidente, certos reparos, especialmente quanto à sua atualização para o constitucionalismo que se desenvolveu sobretudo a partir do pós-guerra. Não seria suficiente, hoje, a visão do *status negativo* como espaço de resguardo meramente definido pelo legislador – e não pela própria Constituição. Ademais, poder-se-ia acusá-la, no que diz respeito ao estado negativo, de certo formalismo –

¹⁹² Ibidem. p. 212.

¹⁹³ Ibidem. p. 98.

¹⁹⁴ MIRANDA, Jorge. Op. cit. p. 85.

já que se restringe a apreciar a designada esfera de liberdade, ignorando o aspecto material dos direitos fundamentais que a compõem.¹⁹⁵

Nada obstante a pertinência das críticas – e até mesmo em virtude do aperfeiçoamento que proporcionaram – a teoria dos *status* de Jellinek continua a ser uma referência para a classificação dos direitos fundamentais segundo a sua função.

A partir da proposta de Jellinek, a doutrina passou a classificar os direitos fundamentais, segundo seu critério funcional – e com importantes variações de acordo com o autor – em duas grandes categorias: direitos de defesa e direitos a prestações; às duas, por vezes, ajunta-se a categoria de direitos de participação (desenvolvimento, respectivamente, do *status* negativo, positivo e ativo).¹⁹⁶

Edilsom Pereira de Farias observa, de modo pertinente, que a própria ordem topográfica constitucional parece haver albergado esta classificação, porquanto, em linhas gerais, consagra primeiramente os direitos de defesa (direitos e deveres individuais e coletivos, artigo 5º), seguidos dos direitos a prestação (direitos sociais, artigo 6º a 11) e, adiante, os direitos de participação (direitos políticos, artigos 14 a 17). Evidentemente não se trata de divisão estanque, como se verá, mas, de todo modo, há aí um indicativo de como a classificação doutrinária fez-se ouvida na Constituição.¹⁹⁷

Com relação aos direitos de defesa, importa notar que se trata de categoria que remonta à concepção clássica de que os direitos fundamentais seriam garantias em face de ingerências ilegítimas do Estado na liberdade e na propriedade do indivíduo. Como ressalta Sarlet, essa concepção continua a tomar assento privilegiado entre as funções dos direitos fundamentais – embora passados duzentos anos de sua história.¹⁹⁸

Em virtude da tentação de abusos de poder, dado que o governo é exercido por homens, os direitos de defesa são imprescindíveis em toda democracia, e jamais poderiam ser dispensados¹⁹⁹; evidentemente, a observação torna-se ainda mais pertinente quando se tem em consideração tratar-se de ordem constitucional democrática recente – como a de nosso País.

¹⁹⁵ SARLET, Ingo. Op. cit. p. 173.

¹⁹⁶ MENDES, COELHO e BRANCO. *Curso...* p. 255.

¹⁹⁷ FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de Expressão e Comunicação: teoria e proteção constitucional.** Tese de doutorado apresentada perante a Universidade Federal de Santa Catarina. Orientador: Professor Doutor Silvio Dobrowolski. Florianópolis, 2001. p. 19.

¹⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 185.

¹⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 185.

Acima de tudo, os direitos fundamentais – na condição de direitos de defesa – objetivam a limitação do poder estatal, assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e outorgando-lhe um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal.²⁰⁰

Segundo Canotilho, em um plano objetivo, os direitos fundamentais constituem normas de competência negativa para o Poder Público, vedando a ingerência do Estado na esfera pessoal; em plano subjetivo, implicam numa liberdade positiva, ou seja, no poder de exercer, de forma positiva, os direitos fundamentais e de exigir, onde possível, a abstenção do Estado, para evitar lesão a direito.²⁰¹

Quanto à origem, os direitos de defesa albergam aqueles oriundos do direito natural, constantes já das primeiras declarações – liberdade, vida, propriedade, etc. Ademais, estão aqui enquadrados todos os direitos que visam à preservação de uma esfera de garantia, contra a ingerência do Estado, bem como contra a ingerência dos particulares – quando admissível a sua eficácia nas relações privadas.²⁰²

Podem ser enquadrados em direitos de defesa, do mesmo modo – e a depender da tipologia e da finalidade da classificação – certos direitos relativos à participação, para os quais Jellinek havia consagrado título próprio (*status ativo*). Para Sarlet, os direitos políticos devem formar juntamente com os demais direitos de liberdade um *status* global de liberdade, e, portanto, incluídos entre os direitos de defesa.²⁰³

Importa notar, contudo, a crítica de Jairo Schäfer, que recorda Vieira de Andrade no ponto, em relação ao caráter misto dos direitos de participação:

Desse modo, os direitos políticos não podem ser agrupados conjuntamente no âmbito dos direitos negativos, sendo necessária a cisão das diversas facetas dessa espécie normativa, para, assim, alocá-los de acordo com o conteúdo preponderante: exigindo o direito político a omissão do Estado, deve ser catalogado como liberdade negativa; ao contrário, quando reclama determinada ação concreta estatal, estamos diante de direito positivo. Nesta perspectiva, os direitos de participação seriam mistos de direitos de defesa e de direitos a prestações, para usar a expressão de Vieira de Andrade.²⁰⁴

²⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. pp. 185-186.

²⁰¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 541

²⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 187.

²⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 197.

²⁰⁴ SHÄFER, Jairo. *Classificação...* pp. 69-70.

Assim, em classificações duais (defesa – prestação), os direitos de participação ficam distribuídos entre as duas modalidades, embora, por sua relevância e função distinta sob a ótica subjetiva, pareça preferível mantê-los em categoria apartada.

Os direitos a prestações vinculam-se à ideia de que o Poder Público deve assegurar certos princípios, como a liberdade e a igualdade, não somente pela preservação da autonomia e dos espaços de liberdade individual, mas também pela inserção, à disposição dos indivíduos, de meios materiais e jurídicos que viabilizem o pleno exercício dos direitos subjetivos. Podem vincular a sua origem ao denominado *status positivo* de Jellinek, dado exigirem do Poder Público uma atuação positiva na forma de prestações.²⁰⁵

Os direitos de defesa, conforme a própria denominação os designa, oferecem proteção ao indivíduo contra uma ação, apreciada como imprópria, do Estado. Já os direitos a prestação partem do suposto de que o Estado deve agir para libertar os indivíduos das necessidades. (...)

Os direitos a prestação supõem que, para a conquista e manutenção da liberdade, os Poderes Públicos devem assumir comportamento ativo na sociedade civil.²⁰⁶

Historicamente, os direitos a prestações têm seu momento privilegiado com a segunda geração dos direitos fundamentais, e o crescimento das preocupações sociais do Estado.

Em regra, podem ser divididos entre direitos a prestações jurídicas ou materiais.

Prestações jurídicas são aquelas constitucionalmente estabelecidas como via de proteção de certos princípios (ou, ainda, bens jurídicos ou valores) constitucionais, assim como destinadas a oferecer ao indivíduo o acesso a procedimentos e organização.²⁰⁷

Os direitos de proteção são aqueles ligados ao titular do direito fundamental, no sentido de que o Estado o proteja contra a intervenção de terceiros. Segundo a definição de Alexy, “direitos de proteção são direitos constitucionais a que o Estado configure e aplique a

²⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 205.

²⁰⁶ MENDES, COELHO e BRANCO. *Curso...* pp. 257-258.

²⁰⁷ SCHÄFER, Jairo. *Classificação...* p. 74.

ordem jurídica de uma determinada maneira no que diz respeito à relação dos sujeitos de direito de mesma hierarquia entre si²⁰⁸.

Quanto aos direitos de acesso à organização e aos procedimentos relativos aos direitos fundamentais, trata-se de classificação proposta por Alexy, em acolhimento (ainda que parcial) de proposta de Habërle, voltada ao procedimentalismo – garantia dos meios políticos necessários para a adequada realização do processo político definidor dos direitos.²⁰⁹

²¹⁰ Nessa categoria incluem-se as prestações referentes ao estabelecimento de remédios, processos, meios e canais de participação política que viabilizem o acesso à organização e aos procedimentos de formação das decisões judiciais, políticas e, de modo geral, da vontade estatal.²¹¹

Finalmente, os direitos a prestações fáticas – ou materiais – são aqueles classificados como direitos prestacionais em sentido estrito. Aqui, o que o Estado deve prover é uma utilidade concreta (bem ou serviço). Nesse grupo de direitos, de modo especial, estão compreendidos aqueles identificados com a segunda geração (direitos sociais), contando nítida dimensão econômica e razoável grau de abertura à conformação do legislador, em função da situação do Estado.²¹²

É relevante notar esse caráter de multifuncionalidade dos direitos – em que os direitos fundamentais apresentam-se, a um só tempo, com múltiplas funções no ordenamento jurídico, tanto em virtude das funções de defesa, provimento de prestações jurídicas e materiais, quanto em virtude de sua dimensão objetiva, como ordem de princípios ou valores que orienta a atividade interpretativa e confere unidade ao sistema cujo ápice é a Constituição.

Tal multifuncionalidade, diga-se, não é incompatível com a imbricação de certas características e de diversas funções em um mesmo direito, ou em direitos cujo bem jurídico tutelado seja o mesmo. Com efeito, a doutrina ressalta a ambivalência de direitos fundamentais.

²⁰⁸ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 451.

²⁰⁹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 470.

²¹⁰ Evoca-se, quanto ao tema, a teoria de John Hart Ely, direcionando a jurisdição constitucional à proteção das minorias e à manutenção da higidez do processo político, como forma de legitimação da atividade decisória pelos órgãos políticos. Vide: ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

²¹¹ ALEXY, Robert. Op. cit., pp. 483-484.

²¹² MENDES, COELHO e BRANCO. *Curso...* p. 260.

A distinção entre direitos de defesa e direitos a prestação não se faz sem alguns matizes. É possível extrair direitos a prestação de direitos de defesa e direitos de defesa dos direitos a prestação. (...) Vale referir, também, que direitos essencialmente de defesa apresentam aspectos, ainda que subsidiários, de direito a prestação. O direito à vida traz como consectário o direito a que o Estado proteja a vida contra ofensas de terceiros, não se exaurindo na pretensão a que o Estado não suprima esse bem dos seus súditos.²¹³

É nessa linha que, recorrendo ao caráter principiológico dos direitos fundamentais enquanto *mandados de otimização*, Jairo Schäfer sustenta a necessidade de superação da classificação dualista dos direitos fundamentais (entre direitos de defesa e direitos de participação), em virtude da interdependência gerada pela interligação entre os direitos.

A incidibilidade dos direitos fundamentais e a inexistência de diferenças estruturais entre os variados tipos de direitos determinam a superação dos modelos teóricos embasados na separação estanque entre as esferas dos direitos sociais (*positivos ou prestacionais*) e dos direitos de liberdade (*negativos*), afirmando-se a aplicabilidade imediata de todas as normas constitucionais, a partir da unidade de sentido dos direitos fundamentais, fenômeno denominado de *revolução copernicana da juspublicística por Jorge Miranda*, porquanto são as normas constitucionais que vinculam toda a atividade estatal infraconstitucional, e não o contrário.²¹⁴

E, ao prosseguir, sustenta a interligação entre todas as espécies de direitos fundamentais, tanto sob o prisma sistêmico quanto sob o prisma dialético, o que importa no comprometimento recíproco dos direitos – de modo que a realização de um já conduz à efetivação parcial de outros. Assim, sustenta a inadequação da compartimentação teórica dos direitos (especialmente da teoria dualista) e a inexistência de diferenças estruturais entre os variados tipos de direito – pensamento que já foi, em algumas ocasiões, acolhido pelo Supremo Tribunal Federal.²¹⁵

Assim, e chegando ao termo do longo tópico, verifica-se que os direitos fundamentais, embora apresentem características preponderantes de defesa, de prestação ou de participação (ou prestação jurídica procedimental, se adotada a teoria de Alexy), ostentam mútuas imbricações decorrentes da unidade sistêmica, e apresentam múltiplas funções – por vezes simultâneas – seja em decorrência da ambivalência dos preceitos constitucionais, seja

²¹³ MENDES, COELHO e BRANCO. *Curso...* p. 265.

²¹⁴ SCHÄFER, Jairo. *Classificação...* pp. 91-92.

²¹⁵ *Ibidem.* p. 99.

pelo reconhecimento de sua dimensão objetiva – que os eleva ao patamar de princípios estruturantes da ordem jurídica.

4) A religião no espaço público e sua caracterização como valor social.

O liberalismo de Rawls pretende afastar a religião da esfera pública.

A partir da ideia do véu da ignorância – momento hipotético em que os participantes de uma posição original poderiam estabelecer as regras de convivência da sociedade sem conhecimento prévio de sua futura posição social²¹⁶ –, o autor desenvolve uma sofisticada teoria da Justiça, em que se pretende estabelecer as condições para a convivência democrática em sociedades plurais, compostas de modelos de vida abrangentes e, frequentemente, incompatíveis entre si.

Assim, Rawls pretende que cada indivíduo tenha a possibilidade de realização do projeto de vida que mais conveniente lhe pareça, por meio do acesso “[a]o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos”.²¹⁷

Com relação à razão pública, Rawls sustenta que deve existir um acordo quanto à argumentação aceitável a ser empregada no espaço público – aquele em que todos os cidadãos devem estar em condições de tomar parte; assim, a expressão nos foros públicos deve ser exprimida de acordo com os valores contidos no consenso sobreposto. A esta razão opõe-se a razão não-pública, aquela que se desenvolve no interior das doutrinas abrangentes (religiões, associações científicas, etc.).²¹⁸ O autor refere, ainda, que as doutrinas abrangentes – como as crenças religiosas – devem ser traduzidas em argumentos aceitáveis no espaço público, como dever de civilidade do debate.

No entanto, embora possamos introduzir nossa doutrina abrangente, o dever da civilidade exige que, em algum momento, defendamos a legislação e as políticas públicas que apoiamos em termos de razões públicas, ou de valores políticos abarcados pela concepção política de justiça (ou algum outro conjunto de valores condizente com ela).²¹⁹

²¹⁶ RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. pp. 20-26.

²¹⁷ Ibidem. p. 60.

²¹⁸ Ibidem. pp. 127-130.

²¹⁹ Loc. Cit.

Habermas recebe com crítica a posição de Rawls; reconhece um papel motivador e inspirador dos conteúdos religiosos, e entende que as razões religiosas devam poder se inserir no espaço público, seja porque não se pode exigir de algumas pessoas, movidas por suas crenças, despir-se de seu modo de vida para ingressar em um debate de secularização pura; seja porque as tradições religiosas podem abarcar elementos racionais e morais relevantes, que devem ser aproveitados pelo debate público²²⁰.

O Estado liberal possui, evidentemente, um interesse na liberação de vozes religiosas no âmbito da esfera pública política bem como na participação política de organizações religiosas. Ele não pode desencorajar os crentes nem as comunidades religiosas de se manifestarem também, *enquanto tal*, de forma política, porque ele não pode saber de antemão se a proibição de tais manifestações não estaria privando, ao mesmo tempo, a sociedade de recursos importantes para a criação de sentido.²²¹

Habermas insere a necessidade, contudo, de realização um esforço mútuo entre crentes e não-crentes pela tradução do discurso religioso para que este possa ingressar na esfera pública formal:

A neutralidade ideológica do poder do Estado que garante as mesmas liberdades éticas a todos os cidadãos é incompatível com a generalização política de uma visão de mundo secularizada. Em seu papel de cidadãos do Estado, os cidadãos secularizados não podem nem contestar em princípio o potencial de verdade das visões religiosas do mundo, nem negar aos concidadãos religiosos o direito de contribuir para os debates públicos servindo-se de uma linguagem religiosa. Uma cultura política liberal pode até esperar dos cidadãos secularizados que participam de esforços de traduzir as contribuições relevantes em linguagem religiosa para uma linguagem que seja acessível publicamente.²²²

Entretanto, Habermas mantém uma diferença de nível epistêmico entre as razões públicas ou não-religiosas, que poderiam ser aceitas por qualquer pessoa honesta e sem confusão mental, e as razões de origem religiosa, cujo *status* seria inferior.²²³

Sobre o tema, Taylor insere reflexão relevante, no sentido de que as razões religiosas, de fato, não podem ser inseridas nos textos de linguagem oficial (o autor nega a dicotomia de linguagem secularizada/religiosa), mas não pelo fato de serem religiosas, senão

²²⁰ HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 148.

²²¹ Loc. cit.

²²² HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. **Dialética da Secularização: sobre razão e religião**. 3. ed. São Paulo: Ideias & Letras, 2007. p. 57.

²²³ HABERMAS, Jürgen; TAYLOR, Charles. Dialogue. In: BUTLER, Judith [et al.]. **The Power of Religion in the Public Sphere**. New York: Columbia University Press, 2011. p. 67.

porque não podem ter a pretensão de aceitação universal, tal como razões ideológicas de diversos matizes.

Assim é que não se pode adotar como razão justificadora de uma lei tanto a Bíblia quanto os escritos de Marx acerca da religião – visto que se trata de temas que não encontrariam consenso: a neutralidade do Estado é uma resposta à diversidade, e não ao modo específico de raciocínio religioso.²²⁴

O autor aponta a existência de um preconceito epistêmico em face da razão de origem religiosa, cujo nascedouro remonta ao desenvolvimento daquilo que denomina *o mito do iluminismo*: a ideia de que a razão científica, nos moldes do século XVIII ou XIX, teria vencido o obscurantismo religioso. Esse mito colocaria a razão ‘pura’ acima do pensamento religioso.

A noção de que a neutralidade do Estado é basicamente uma resposta à diversidade encontra dificuldades em fazer progresso entre as pessoas ‘seculares’ do Ocidente, que mantêm-se estranhamente fixadas na religião como algo estranho e talvez até ameaçador. Essa postura é alimentada por todos os conflitos, passados e presentes, de estados liberais com a religião, mas também por uma distinção especificamente epistêmica: a de que o pensamento religioso é de algum modo menos racional que o pensamento secular puro. Essa atitude tem um fundamento político (religião como ameaça) mas também um fundamento epistemológico (religião como uma forma lacunosa de raciocinar).²²⁵

A proposta de Taylor é que o secularismo seja revisto, para dissociar-se da ideia de uma muralha contra a religião, entendendo-se como a tentativa de boa fé de preservação de três pontos fundamentais da separação entre Igreja e Estado: liberdade de religião (liberdade); igualdade das religiões perante o Estado (igualdade); participação de todas as famílias espirituais na decisão de como a sociedade deve ser, e como alcançar esses objetivos (fraternidade).²²⁶

A ideia de que a religião tenha um grau inferior de racionalidade, difusamente acreditada em virtude de certo racionalismo, pode colaborar no fomento de um preconceito epistêmico de origem, pelo qual toda argumentação de origem religiosa torna-se desprezível.

²²⁴ TAYLOR, Charles. Why we need a radical redefinition of secularism. In: BUTLER, Judith [et al.]. **The Power of Religion in the Public Sphere**. New York: Columbia University Press, 2011. p. 50.

²²⁵ Loc. cit. Tradução livre, a partir do original: This stance is fed by all the conflicts, past and present, of liberal states with religion, but also by a specifically epistemic distinction: religiously informed thought is somehow less *rational* than purely “secular” reasoning. The attitude has a political ground (religion as threat), but also an epistemological one (religion as a faulty mode of reason).

²²⁶ Ibidem. p. 56.

Presentemente a predominância de um discurso público secularizado acaba por pressionar e coagir as pessoas com crenças religiosas no sentido da conformidade e do abandono de suas crenças. Neste momento, as visões religiosas encontram-se a perder terreno no espaço público relativamente às perspectivas antirreligiosas, podendo gerar-se uma situação de desigualdade e assimetria que nada tem de religiosamente neutro.²²⁷

Significa dizer que no mapa social do secularismo e do laicismo, a manifestação pública (ainda que no ambiente público informal) de razões de origem religiosa acaba por estar desajustada e, por essa razão, sofre o correspondente mecanismo de controle social quem resolve dela lançar mão.²²⁸ Esse ponto talvez fique mais perceptível no momento em que se proceder à análise de julgamentos do Supremo Tribunal Federal.

Contudo, e como já visto anteriormente, a religiosidade é um valor – social e jurídico – que se identifica com os elementos constitutivos da sociedade, e, por essa razão, deve conservar o seu espaço. Ademais, o discurso religioso, como enfatizam os argumentos de Habermas, é valioso tanto porque preserva a identidade própria dos indivíduos quanto porque pode aportar importantes questões e inspirar condutas na esfera pública (ainda que mediante uma tradução ao final para, conforme Taylor, sua adequação na linguagem oficial).

E mais: os elementos constitutivos da *identidade política* devem fazer parte dos valores constitucionais do Estado, para que se possa manter a união necessária para a preservação dos interesses comuns de homens livres²²⁹. Usando o exemplo do patriotismo, Taylor afirma:

O bem comum é, na verdade, uma regra de direito. Mas temos de nos lembrar de que o patriotismo envolve mais do que princípios morais convergentes; trata-se de uma adesão comum a uma comunidade histórica particular. O cultivo e o apoio a isso têm de ser uma meta comum, sendo mais do que o simples consenso quanto à regra de direito.²³⁰

Desse modo, pretende-se sustentar que a religiosidade, vista acima enquanto valor constitucional, faz parte, do mesmo modo, da identidade política da sociedade brasileira –

²²⁷ MACHADO, Jónatas E. M. **Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 24.

²²⁸ BERGER, Peter. **Perspectivas sociológicas: uma visão humanística**. 23ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001. pp. 79-80

²²⁹ TAYLOR, Charles. Why we need a radical redefinition of secularism. In: BUTLER, Judith [et al.]. **The Power of Religion in the Public Sphere**. New York: Columbia University Press, 2011. p. 45.

²³⁰ TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Edições Loyola, 2000. p. 213. Para uma síntese do comunitarismo, vide: XIMENES, Julia Maurmann. **O Comunitarismo e Dinâmica do Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 128 p.

ainda que situada em um Estado laico – e, portanto, constitui-se em vetor relevante da formação da cultura e da sociedade.

Peter Häberle, em entrevista a juristas brasileiros, ressalta que a Igreja Católica é, em sua opinião, o segundo dos elementos constitutivos da identidade cultural brasileira, juntamente com a língua – o primeiro – e os subsequentes: o futebol e a música²³¹.

John Garvey parte, de maneira análoga, da ideia de que a proteção à liberdade religiosa se dá pelo fato de o Estado considerar que a religiosidade seja um bem a ser preservado.²³²

Ressalta que o argumento liberal para a liberdade religiosa (autonomia pessoal e liberdade privada, de um lado, e a possibilidade de evitar conflitos, de outro) não se adequaria bem à linguagem constitucional da Primeira Emenda, porque ela trata propriamente de liberdade para o exercício da religião – e não propriamente de mera liberdade de consciência.

Ademais, sublinha que a visão liberal exige, previamente ao acordo acerca dos direitos (como no caso do véu da ignorância), uma adesão à mesma perspectiva liberal, que a maioria dos religiosos não estaria disposta a dar na vida real, e que não se presta a vencer a disputa acerca de sua adoção – o autor quase refere, embora não use a terminologia, a uma eventual petição de princípio.

Nota que a perspectiva religiosa, como ele chama, explica melhor a origem do direito de livre exercício da religião – visto que remete a um conteúdo histórico verdadeiro (de favorecimento à prática da religião de forma livre) e se compatibiliza com o duplo caráter da liberdade religiosa (que às vezes põe crentes e não-crentes em pé de igualdade, mas às vezes, como na objeção de consciência, atribui vantagem aos crentes).²³³

Ao tratar dessa perspectiva, Mazzuoli e Soriano negam a validade do argumento não liberal de Garvey, sob duas objeções: primeiro, afirmam que o Estado seria obrigado a definir o que é religião (o que seria pernicioso); segundo, afirmam que a definição da religião

²³¹ VALADÉS, Diego (org.). *Conversas acadêmicas com Peter Häberle*. São Paulo: Saraiva, IDP, 2009. p. 204.

²³² GARVEY, John H. *What are freedoms for?* Boston: Harvard University Press, 1996. pp. 42-57.

²³³ *Ibidem*. pp. 56-57.

como um bem seria excludente para os não-crentes e incompatível com a liberdade de escolha.²³⁴

As objeções não têm o condão de invalidar, porém, a concepção antiliberal.

Quanto ao primeiro ponto, na verdade, ao ver a religião como um bem, tanto como ao vê-la como neutra, ou como um mal – para ser mais claro, em absolutamente qualquer caso –, o Estado deverá ter (genericamente considerando) alguma concepção mais ou menos clara do que é religião. Trata-se de discussão que não se vence pela desconsideração da religiosidade enquanto um valor, porque em qualquer situação-limite, inclusive nos casos de direitos de defesa, voltados à liberdade, é preciso que se saiba se está a tratar ou não de liberdade protegida. E a definição do âmbito de proteção coincide com a definição do que seja a religião, para o Estado.

Poder-se-ia cogitar de situação análoga: discuta-se ou não se a família é um bem jurídico constitucional, será preciso estabelecer lindes para o que se entende, juridicamente, por família para resolver questões constitucionais que envolvam o instituto. E isso independentemente do cariz liberal ou antiliberal de quem manejará o conceito.

Quanto ao segundo ponto, parece que se pretende dar por provado justamente aquilo que se pretende discutir. Ora, a Constituição frequentemente elege bens – institutos ou situações jurídicas valorosas – que devem ser protegidos, ainda que o cidadão, em suas escolhas pessoais, não lhes dê qualquer atenção. Não importa o quão valoroso o Estado diga que é a proteção da infância, um cidadão pode conservar, por toda a vida, a opinião de que não precisa e nem deve adotar uma criança, ou ter um filho.

O fato de haver uma proteção institucional a determinado instituto não implica imediatamente na rejeição de seu oposto. Isso somente ocorre quando se estiver a tratar de casos que não admitem a neutralidade (como a rejeição ao racismo, por exemplo).

Por isso, não faz sentido dizer que considerar a religiosidade como um bem implica numa violação da liberdade individual para escolher entre a crença e a não-crença; tanto quanto não faria sentido impor a adoção de crianças ou a constituição de união estável porque a Constituição lhes conferiu especial proteção.

²³⁴ MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. SORIANO, Aldir Guedes. *Duas Palavras*. In: MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 30.

Os argumentos levantados por Garvey parecem compatíveis com a ordem constitucional do Brasil. De fato, há uma duplicidade (ou multiplicidade) de caráter do tratamento da religiosidade que, por vezes, efetivamente confere uma posição preferencial aos crentes, a denotar que o ordenamento, de fato, protege a religiosidade enquanto um bem. Ademais, como já visto, essa perspectiva se harmoniza bem com a ideia da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Mais um ponto se levanta, ainda, em favor dessa perspectiva.

O Estado Constitucional funda-se em princípios que não foram descobertos a partir do nada, mas que viveram um desenvolvimento contínuo desde uma matriz de pensamento específica e localizada no tempo e espaço – e que se buscou definir, com contornos razoavelmente precisos, no primeiro capítulo deste trabalho.

É disso que trata Jónatas E. Machado, quando sustenta que os valores sobre os quais se erige o Estado Constitucional guardam coerência lógica e sistêmica com uma visão de mundo compatível com a raiz judaico-cristã de nossa civilização. E, acrescenta, não são em absoluto passíveis de serem extraídos a partir de uma concepção materialista de mundo, sob a noção de acaso e de ausência de uma inteligência superior.

Assim, e sem que isso importe necessariamente na adoção de um sistema de crenças específico²³⁵, torna-se claro que a religião não deve ter no Estado um ente indiferente, mas apenas um corpo separado.

Isso [*a neutralidade*] não requer uma absoluta separação entre a política e o direito, por um lado, e os seus inevitáveis fundamentos mundividenciais, por outro. Também não significa a desconsideração dos fundamentos especificamente teístas dos valores do Estado Constitucional, nem implica um repúdio abrupto do contexto histórico, cultural, político e constitucional derivado da matriz judaico-cristã ocidental. Dos princípios subjacentes ao Estado Constitucional não se deduz uma absoluta neutralidade religiosa e ideológica e um dever de absoluta igualdade de tratamento de doutrinas, ritos ou símbolos estranhos aos fundamentos e ao desenvolvimento dos respectivos princípios. Deduz-se apenas um princípio de neutralidade institucional e procedimental dos poderes públicos diante de diferentes visões religiosas e ideológicas do mundo, que impeça, tanto quanto possível, restrições ao exercício de direitos e discriminações no exercício de direitos que sejam desproporcionais e arbitrárias, fáctica e normativamente injustificáveis à luz da defesa dos princípios do Estado Constitucional.²³⁶

²³⁵ Embora não me pareça que isso possa ser, ao menos em tese, descartado, desde que houvesse possibilidade de formação de certeza moral acerca da verdade.

²³⁶ MACHADO, Jónatas E. M. Op. cit. p. 139.

Revelam-se, assim, especialmente perniciosas as eventuais ocorrências ligadas à exclusão – intencional ou acidental – da religião do âmbito do espaço público, ao tempo em que se reafirma a caracterização da religiosidade como um bem jurídico, que merece proteção constitucional.

5) O direito fundamental à religião no direito brasileiro.

a) *Histórico das relações entre Igreja e Estado e dos direitos referentes à religião no Brasil.*

A nação brasileira surge em um Estado Confessional. O reino português tem o seu início ao término de uma batalha religiosa – a batalha de Ourique – em que, segundo antiga lenda, Afonso Henriques teria recebido um sinal profético da vitória, na figura de Cristo Crucificado, passando doravante a ostentar o título de Rei²³⁷.

As caravelas que singraram o oceano e alcançaram o País exibiam o emblema da Ordem de Cristo – sucessora jurídica, em Portugal, da Ordem do Templo, que batalhava nas Cruzadas da Terra Santa e na Reconquista Ibérica²³⁸. Desde o início da colonização, o elemento religioso foi, talvez, o principal aglutinador das diferentes raças e etnias em nosso território. Recorde-se, quanto ao ponto, que os Jesuítas compilaram a gramática da língua comum (tupi) e registraram as tradições dos ameríndios, ao mesmo tempo em que buscaram integrar o indígena à população colonial²³⁹.

Desse modo, não é difícil compreender por que o Estado brasileiro, em seu surgimento jurídico, tenha a mesma religião oficial dos portugueses. Com efeito, a Constituição do Império, de 1824, estabelecia o Catolicismo como religião oficial do Brasil.²⁴⁰

²³⁷ Camões o narra no Canto III, estrofe 45, dos *Lusíadas*: «A matutina luz, serena e fria,/ As Estrelas do Pólo já apartava,/ Quando na Cruz o Filho de Maria,/ Amostrando-se a Afonso, o animava./ Ele, adorando Quem lhe aparecia,/ Na Fé todo inflamado assi gritava:– «Aos Infieis, Senhor, aos Infieis,/ E não a mi, que creio o que podeis!»

²³⁸ Bula *Ad Ea Ex Quibus*, de Sua Santidade o Papa João XXII. In: Comissão Executiva das Comemorações do V Centenário da Morte do Infante d. Henrique. **Monumenta Henricina**. Volume I. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1960. p. 110.

²³⁹ DAHER, Andréa. *Escrita e conversão: a gramática tupi e os catecismos bilingües no Brasil do século XVI*. In: **Revista Brasileira de Educação**. São Paulo: Anped, Mai/Jun/Jul/Ago, 1998, n° 8, pp. 31-43. Acesso on line em 1º de fevereiro de 2015. Disponível em http://www.ifcs.ufrj.br/~ppghis/pdf/daher_escrita_e_conversao.pdf.

²⁴⁰ A população brasileira, no período Imperial, era massivamente católica. Dados do primeiro recenseamento, de 1872, registra o percentual de 99,7% de católicos para 0,3% de não-católicos. Fonte: BRASIL. DIRETORIA

Nada obstante, assegurava a liberdade de crença e concedia liberdade de culto doméstico ou em edifícios sem forma exterior de templo. O texto constitucional determinava ainda, como direito fundamental (designado como direito civil), a vedação de perseguição por motivo religioso, desde que respeitada a religião do Império.

Havia limitações, porém, aos não-católicos: não eram elegíveis para deputados (artigo 95, inciso III), senadores (não há previsão expressa, mas pressupõe-se a analogia com os deputados, ainda mais porque o Regimento Interno do Senado, de 1826, exigia o juramento de manter a religião católica dos empossandos senadores)²⁴¹, conselheiros de Estado (artigo 141); não poderiam estabelecer culto público ou edifícios com formato de templo (art. 5º, parte final); estavam adstritos ao dever de respeitar a religião oficial e seus atos de culto não poderiam ofender a moral pública (artigo 179, inciso V)²⁴². A propaganda do ateísmo estava proscrita, já que o Código Criminal do Império reputava crime a propagação de escritos que negassem a existência de Deus ou a imortalidade da alma (artigo 276).²⁴³

Religião do Estado, o catolicismo recebeu, durante a maior fase do Império, a homenagem de ver grande parte do processo eleitoral se desenvolver em seus templos. Missas solenes do Espírito Santo iniciavam as solenidades nos dias de eleição paroquiais e de escolha dos eleitores, editais com o número de “fogos” de cada freguesia deveriam ser afixados nas portas das igrejas e, depois de 1846, cópia da ata da comissão de alistamento deveria ser afixada no interior da igreja matriz.²⁴⁴

A relação entre a religião e o Império, entretanto, não era sempre harmônica. A Constituição de 1824, na esteira de uma longa tradição entre os príncipes ibéricos e a Santa Sé, estabelecia o regime do Padroado. Com efeito, o artigo 102, inciso II, da Constituição, atribuía ao Imperador, como chefe do Poder Executivo, a competência para nomeação dos

GERAL DE ESTATÍSTICA. Recenseamento Geral do Império de 1872. Rio de Janeiro, 1876. Disponível em <https://archive.org/details/recenseamento1872bras>. Acesso em 1º de fevereiro de 2015.

²⁴¹ PORTO, Walter Costa. *Católicos e Acatólicos: o voto no Império*. In: **Revista On-Line Liberdade e Cidadania**. Ano II - n. 5 - julho / setembro, 2009. Disponível em <http://www.flc.org.br/>. Acesso em 1º de fevereiro de 2015.

²⁴² BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Coleção das Leis do Império do Brasil de 1824. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1886. p. 7.

²⁴³ BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. Lei de 16 de dezembro de 1830. CLBR DE 1830, p. 142, v. 1 pt. 1.

²⁴⁴ PORTO, Walter Costa. Op. cit.

bispos e para provimento dos benefícios eclesiásticos; o inciso XIV autorizava o beneplácito dos atos canônicos.²⁴⁵

O padroado era um regime de comunhão de poderes, em que, por concessão da Sé Apostólica, diversas atribuições temporais e espirituais passavam a ser de competência do Soberano Católico das Espanhas ou de Portugal; o braço temporal, por seu turno, dotava, mantinha e aumentava igrejas, estabelecia apostolado para conversão dos acatólicos em seu território, criava e administrava ordens religiosas e militares-religiosas, nomeava bispos, abades e outras autoridades eclesiásticas, além de poder conceder ou não o *exequatur* às determinações da Santa Sé no âmbito das dioceses nacionais.²⁴⁶ ²⁴⁷O regime foi estendido para o Brasil quando da fundação do Império.

Na linguagem jurídica (e também canônica) entende-se por padroado o direito do patrono, isto é, aquele que funda ou edifica uma igreja, bem como a pessoa que oferece dotações ou meios para reedificá-la. Em decorrência disso, tal patrono (por direito inerente ao padroado) tem a faculdade de apresentar os curas, sacerdotes ou ministros religiosos, que a sirvam, ao prelado.

(...)

Em muito apertada síntese, o instituto do padroado em Portugal (e, mais tarde, no Brasil) expressava que o rei era o patrono e protetor da Igreja, com deveres e direitos. Dos deveres, destacam-se: 1 - Zelar pelas leis eclesiásticas ou canônicas; 2 - Enviar missionários para as terras que lhe pertenciam, por decorrência da expansão marítima, com vistas à evangelização; 3 - Sustentar a Igreja nessas terras, dilatando a fé e o império, como o diria Camões. Já entre os principais direitos do padroado, conferidos ao rei, estavam a arrecadação de dízimos e o de indicar, propor ou apresentar candidatos aos postos eclesiásticos, mormente bispos, o que dava um grande reforço ao poder, dir-se-ia político, do monarca.²⁴⁸

É fácil de ver que o padroado gerava conflitos entre a autoridade da Santa Sé e a autoridade real. Esse conflito, no Brasil, se intensificou na segunda metade do Século XIX. A Igreja Católica, de um lado, realizou o Primeiro Concílio Vaticano, que reforçou a autoridade papal, enfraquecendo as pretensões nacionalistas das igrejas locais (regalismo) e

²⁴⁵ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Coleção das Leis do Império do Brasil de 1824. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1886. p. 7.

²⁴⁶ DORNAS FILHO, João. **O padroado e a Igreja brasileira**. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1938.

²⁴⁷ As relações de ligação entre Igreja e Estado nos países ibéricos eram tais que, durante a vigência do código Visigótico (*Fuero Juzgo* - que servia de fonte complementar de direito até mesmo depois das Ordenações) os bispos poderiam funcionar como corregedores dos juízes de direito, reformando decisões e determinando a emenda de seu procedimento. Vide: **Fuero Juzgo**, *Libro Segundo, Título I, Ley XXVIII*. Disponível em: <http://fondosdigitales.us.es/fondos/libros/1760/154/leyes-del-fuero-juzgo-o-recopilacion-de-las-leyes-de-los-wisi-godos-espanoles-titulada-primera-mente-liber-judicium-despues-forum-judicium-y-ultimamente-fuero-juzgo/>. Acesso em 1º de fevereiro de 2015. p. 154.

²⁴⁸ SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Ponto Final: Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé (V)*. In: **Correio Braziliense**. Brasília, 10/5/2010.

determinando a plena adesão dos bispos às ordens do Sumo Pontífice e a livre comunicação das instâncias da Igreja, independentemente do poder secular.

3062 – Além disso, do supremo poder do Romano Pontífice de governar toda a Igreja resulta o direito de, no exercício deste seu ministério, comunicar-se livremente com os pastores e rebanhos de toda a Igreja, para que estes possam ser por ele instruídos e dirigidos no caminho da salvação. Pelo que condenamos e reprovamos as sentenças daqueles que dizem poder-se impedir licitamente esta comunicação do chefe supremo com os pastores e rebanhos, ou a subordinam ao poder secular, a ponto de afirmarem que o que é determinado pela Sé Apostólica em virtude da sua autoridade para o governo da Igreja, não tem força nem valor, a não ser depois de confirmado pelo beneplácito do poder secular.²⁴⁹

Por outro lado, o governo imperial não albergou determinadas decisões papais quanto à maçonaria, abrindo curso a um duelo entre três bispos católicos – que pretendiam cumprir as determinações da Santa Sé sobre a maçonaria – e o governo imperial, que não aceitou a severa redução da extensão do privilégio do padroado que vinha inaugurado pelo Concílio Vaticano I. Esse conflito, denominada questão da Igreja, é comumente referido como uma das causas para a queda do regime monárquico.²⁵⁰

Vê-se, assim, que o regime constitucional da liberdade religiosa no Império era duplamente limitado: com relação à religião oficial – o catolicismo – a limitação consistia no regalismo, que minava a autoridade central do Papa e gerava uma forma de religiosidade que nem sempre era coincidente com o que determinava a fé da Igreja. O Estado, desse modo, por vezes se situava como elemento de ingerência no interior da organização canônica. Com relação aos não-católicos, as limitações, embora externas, eram ainda mais amplas, porque se estendiam desde o direito de culto até os direitos políticos e de participação.

A proclamação da República extingue o padroado e estabelece a plena liberdade religiosa, sob o prisma formal. O Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890, assinado pelo Marechal Deodoro da Fonseca, proíbia ao governo federal e aos estados o estabelecimento de religiões, sua vedação, bem como o estabelecimento de tratamento diferenciado em função de crença religiosa ou filosófica; e concedia liberdade individual e coletiva (às igrejas) para que

²⁴⁹ Papa Pio IX. Concílio Vaticano I. **Constituição Dogmática *Pastor Aeternus***, de 18 de julho de 1870. Denzinger-Hünemann 3050-3075.

²⁵⁰ BRASIL. SENADO FEDERAL. **Atas do Conselho de Estado**. Terceiro Conselho de Estado – 1875 a 1880. Disponível em http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/AT_AtadoConselhoDeEstado.asp. Acesso em 1º de fevereiro de 2015.

conduzissem o seu culto livres de ingerência estatal. Autorizou, porém, aos Estados, a manutenção de sacerdotes católicos ou de outro culto.

Em complemento, o Decreto nº 181, de 24 de janeiro de 1890, o de nº 1.036-A, de novembro de 1890 e o de nº 155-B, de 14 de janeiro de 1890, respectivamente, estabelece o casamento civil, suprime as cadeiras de direito eclesiástico dos cursos jurídicos de São Paulo e do Recife e fixa festas e feriados civis para a nascente República. Mais grave, o Decreto nº 914-A, de 23 de outubro de 1890, que dá um texto constitucional provisório, proíbe a fundação de conventos e mosteiros no território nacional (artigo 72, §8º).

A Constituição de 1891 acirra ainda mais a franca separação entre Igreja e Estado, instituindo um sistema – ao menos juridicamente – laicista de República. Com efeito, seu texto, além de confirmar a supressão da validade do casamento religioso e das relações entre Igreja e Estado, proibia a objeção de consciência fundada em razões religiosas, vedava o ensino religioso em estabelecimentos públicos, secularizava os cemitérios eclesiásticos²⁵¹.

O texto constitucional de 1934, que pouco durou, mitigava muitas das regras mais restritivas do regime constitucional anterior. Assim, a subvenção de cultos permanecia proibida, mas ressalvava-se a colaboração recíproca em prol do interesse comum; mantinha-se a vedação da objeção de consciência por razões religiosas; permitia-se a assistência religiosa em estabelecimentos oficiais (como hospitais, prisões, e expedições militares), desde que não importasse em ônus aos cofres públicos; autorizava-se a existência de cemitérios particulares pertencentes a associações religiosas, a despeito de manter o caráter secular dos cemitérios públicos; reconhecia-se a representação diplomática junto a Santa Sé; determinou-se o oferecimento de ensino religioso facultativo nas escolas públicas.²⁵²

Essas concessões foram suprimidas do texto de 1937. Novamente, apenas se aludia a cemitérios públicos, nada se tratava da colaboração recíproca, dispensou-se o oferecimento de ensino religioso nas escolas públicas, não tratou da assistência religiosa em ambientes fechados, e retirou-se a alusão à representação diplomática junto à Santa Sé.²⁵³

Com o texto constitucional de 1946, há nova mudança em benefício do reconhecimento da importância da religião na sociedade. A Constituição, com efeito, estabeleceu a imunidade tributária das atividades religiosas (artigo 31, inciso V, alínea b);

²⁵¹ OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino. **A Proteção Constitucional do Direito à Liberdade de Religião**. São Paulo: Verbatim, 2010. p. 18.

²⁵² Ibidem. p. 22.

²⁵³ Ibidem. p. 24.

possibilitava a objeção de consciência por motivo religioso, desde que cumprida obrigação alternativa (artigo 141, §8º); garantia a assistência religiosa às forças armadas e aos ambientes de internação coletiva, sem limitação formal quanto aos ônus (artigo 141, § 9º); recriava a possibilidade de colaboração recíproca entre Igreja e Estado (artigo 31, inciso III); permitia a manutenção de cemitérios particulares por associações religiosas (art. 141, §10); reconhecia os efeitos jurídicos do casamento religioso (artigo 163, §1º); determinava o oferecimento de ensino religioso, de matrícula facultativa, nos estabelecimentos públicos (artigo 168, inciso V); tratou da representação diplomática junto à Santa Sé (artigo 196).²⁵⁴

Com relação à Constituição de 1967 e à Emenda (substitutiva) de 1969, entende-se que pouco foi modificado no regime jurídico da liberdade religiosa. Destacam-se, entre as alterações, a modificação da cláusula de objeção de consciência – retirada a previsão de obrigação alternativa – e, quanto ao regime de 1969, a retirada da obrigatoriedade quanto à assistência religiosa das forças armadas.²⁵⁵

No período constitucional em referência, no entanto, houve uma mudança significativa no regime jurídico da família – que tem evidentes reflexos na religião. Trata-se da Emenda Constitucional n. 9, de 28 de junho de 1977, que extinguiu a indissolubilidade do casamento, até então prevista na lei civil.

Para a Igreja Católica, tratava-se do enfraquecimento, na sociedade, de um dogma de grande importância – tanto sob o aspecto espiritual, porque criaria incentivos positivos para a violação de um sacramento; quanto sob o aspecto moral e social, porque prejudicaria a educação moral dos filhos e, com isso, a médio prazo, toda a estrutura social, além de criar incentivos negativos para o perdão mútuo e a reconciliação. Tratava-se, talvez, da maior baixa sofrida pelo catolicismo desde a proclamação da República, representada pela dissociação perene e irreparável entre o casamento para fins oficiais e o matrimônio católico, cuja indissolubilidade é definitiva.²⁵⁶

Importa registrar, ainda, que a vivência institucional do País nunca registrou, no mundo prático, um laicismo mais radical, que fizesse o Estado desconhecer por completo as

²⁵⁴ BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946*. Diário Oficial de 19 de setembro de 1946, p. 1.

²⁵⁵ OLIVEIRA, Patricia Elias. Op. cit. p. 28.

²⁵⁶ Tangenciando o ponto, há interessante artigo (embora a análise tenha sido feita com abrangência pequena): GOMES, Leidejane Araújo. *Casamento em recesso? O Jornal Correio da Semana e a sua luta contra o divórcio*. ANPUH – XXV SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA. Fortaleza, 2009. Disponível em: <http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S25.1155.pdf>. Acesso em 2 de fevereiro de 2015.

questões religiosas; em geral o Poder Público experimentou alguns momentos de aproximação com o fenômeno religioso, seja reconhecendo festas religiosas mais importantes, seja estabelecendo “culto público e oficial à Nossa Senhora Aparecida”, padroeira do Brasil, como fez a Lei nº 6.802, de 30 de junho de 1980, ou, ainda, mantendo – em sinal de respeito à cultura cristã que moldou nossa sociedade – crucifixos em palácios judiciais e administrativos.

b) Da liberdade religiosa ao direito fundamental à religião.

A Constituição da República de 1988 é, no período republicano, a que maior peso atribui ao fenômeno religioso, assegurando, por um lado, ampla liberdade religiosa, enquanto não descarta de providenciar meios para o exercício dessa liberdade – individual e coletivamente – e de assegurar que a religião não seja de todo estranha – e muito menos oposta – à vida do Estado.

Como fenômeno que penetra nas esferas mais íntimas da consciência humana e, simultaneamente, se manifesta em grandes movimentos coletivos, o fenômeno religioso tem tido sempre importantíssima projeção política e jurídico-política. Tem influenciado constantemente não só na história cultural mas também na história política. Nenhuma constituição deixa de o considerar e repercute-se fortemente no Direito internacional.²⁵⁷

O direito de liberdade religiosa, juntamente com outras disposições constitucionais em matéria de religião, forma um feixe normativo complexo, que dispõe tanto sobre conteúdos de índole individual quanto sobre a organização institucional das entidades religiosas.

Tradicionalmente, a liberdade religiosa é vista sob três ângulos ou subdivisões: liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização²⁵⁸.

Parece evidente, porém, que essas facetas da liberdade religiosa não são suficientes para albergar todo o regime jurídico constitucional e infraconstitucional que se atribuiu às religiões no Brasil.

²⁵⁷ MIRANDA, Jorge. Op. cit. p. 355.

²⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 249.

Com efeito, além das liberdades, há previsão expressa de prestações jurídicas e materiais; disposições acerca de mútuo reconhecimento; atribuição de efeitos jurídicos aos atos religiosos; tratamento jurídico de interesses comuns, como patrimônio, assistência social e educação. Muitos desses direitos nem de longe podem ser associados a meras liberdades; tratam de garantias institucionais e de prestações.

Assim, a denominação liberdade religiosa é imprecisa, porque incompleta; e a sua imprecisão milita contra a extensão do direito, passando a impressão de que as questões religiosas somente tem lugar em caráter negativo – ou seja, quando se trate de separá-las da atuação do Poder Público.

Como visto *supra*, os direitos fundamentais são multifuncionais – e esta diversidade de funções (de defesa, prestação, participação) pode ocorrer no âmbito das mesmas disposições. Frequentemente, ao definir determinada liberdade, a Constituição determina, ainda, a sua proteção institucional – como faz no caso das liturgias religiosas (artigo 5º, inciso VI).

Ademais, ressaltou-se em tópico anterior a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que importa no reconhecimento de que os direitos fundamentais consubstanciam uma ordem de valores ou de princípios básicos da ordem constitucional, com eficácia irradiante sobre todo o sistema, e que implicam no reconhecimento de que os bens jurídicos tutelados devem receber especial proteção.

Isso se torna claramente apreciável em relação aos direitos e garantias referentes ao fenômeno religioso: a ordem constitucional vigente – que tem necessárias vinculações históricas e sociológicas com a sociedade em que foi constituída – tanto aprecia a liberdade de religião quanto dá valor à religiosidade em si mesma, que é um princípio fundante da cultura e da identidade brasileiras.

A Constituição deixa de tributar os templos; protege os cultos e liturgias; garante assistência religiosa aos que a desejam, mas estão impedidos de praticá-la normalmente; garante acesso ao ensino religioso; assegura a objeção de consciência para todos os fins (exceto em tempo de guerra); autoriza o emprego de dinheiros públicos em escolas confessionais; admite a colaboração com as religiões no interesse público. A religiosidade da sociedade se faz sentir na ordem jurídica. O Código Penal tem um capítulo de crimes contra o sentimento religioso.

Desse modo, a religiosidade, no texto constitucional, é tomada como um bem jurídico. Não esta ou aquela corrente, mas, de modo equitativo, todas as formas de religião. Por essas razões, propõe-se deixar o uso da expressão ‘liberdade religiosa’, reservando-o apenas quando, eventualmente, se quiser tratar apenas de liberdades públicas relacionadas à religião. Ao tratar-se de todo o feixe de direitos fundamentais relativos à religiosidade, o ideal seria designá-lo por *direito fundamental à religião*.

c) *Regime constitucional do direito fundamental à religião no Brasil.*

O texto constitucional, primeiramente, assegura a liberdade de consciência e de crença (artigo 5º, inciso VI): “é inviolável a liberdade de consciência e de crença(...)”. Trata-se da disposição básica que garante a liberdade individual de religião, similar aos moldes que já estavam previstos desde o período imperial, e que seguiram em vigor em toda a República.²⁵⁹

A liberdade de consciência diz respeito à formação das convicções pessoais do indivíduo – as de ordem moral, filosófica, espiritual, etc. Trata-se de uma modalidade especial – e mais privilegiada – de proteção à intimidade, porque diz respeito ao reduto mais sagrado do homem, que é a sua alma. Seria, ademais, uma presunção que somente os piores totalitarismos têm, acreditar que se pode controlar *tout court* a consciência dos homens.

A liberdade de consciência ou de pensamento tem que ver com a faculdade de o indivíduo formular juízos e ideias sobre si mesmo e sobre o meio externo que o circunda. O Estado não pode interferir nessa esfera íntima do indivíduo, não lhe cabendo impor concepções filosóficas aos cidadãos. (...) ²⁶⁰

Entretanto, e inclusive pelo risco de influências perniciosas, é dever do Estado “*propiciar meios efetivos de formação autônoma da consciência das pessoas*”.²⁶¹ A liberdade de consciência dá ensejo, ainda, à proteção à objeção ou reserva de consciência, que será abordada *infra*.

O inciso menciona ainda a liberdade de crença – que é uma das subdivisões da liberdade de religião ou, na forma como propõe o presente estudo, uma das liberdades

²⁵⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. DOU de 5 de outubro de 1988. p. 1. Brasília: 1988.

²⁶⁰ MENDES, COELHO e BRANCO. *Curso...* p. 413.

²⁶¹ *Ibidem*.

inerentes ao direito fundamental à religião. A liberdade de religião se subdivide, no aspecto individual, em liberdade de crença e de culto; e, no aspecto coletivo, em liberdade de organização religiosa²⁶².

Na liberdade de crença estão incluídos os direitos dos crentes de ter religião e de mudar de religião, bem como assegurado o direito dos incrédulos e daqueles que exprimem agnosticismo.²⁶³

A liberdade de crença pressupõe, ainda, a garantia ampla de liberdade de expressão e de autodeterminação em matéria religiosa. São muitos os direitos ou posições jurídicas que decorrem dessa liberdade: a liberdade de agir conforme a própria crença; a liberdade de professá-la e de buscar a sua propagação (proselitismo); liberdade de ensinar ou aprender religião; participar na vida da Igreja de sua escolha; celebrar casamento e sepultar os mortos segundo a liturgia da religião; comemorar publicamente as festas religiosas; escolher o nome dos filhos de acordo com a religião, se assim desejar; educar os filhos em coerência com a religião professada; direito à dispensa de trabalho ou aulas/provas em caso de coincidência com dias de preceito prescritos pela religião, mediante compensação, quando for o caso.²⁶⁴

Importante aspecto em relação à liberdade de crença, que diz respeito ao direito de terceiros, refere-se à possibilidade de conduzir-se segundo os preceitos da religião à qual se adere. Tem-se em mente, por exemplo, um dono de colégio confessional que receba currículo de professor notoriamente antirreligioso – e crítico acerbo da doutrina da igreja seguida pelo estabelecimento de ensino. Parece justo que, em caso de não-contratação, não se subsuma a hipótese aos delitos da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que estabelece os crimes motivados por preconceito (inclusive de religião), haja vista a proteção do Estado à liberdade religiosa, e considerando a lealdade que se exige nas relações trabalhistas.

As mesmas razões devem ser aplicadas ao direito dos pais de escolher, como tutor de seus filhos, alguém com convicção religiosa – nos aspectos de fé e doutrina moral – compatível com a educação que lhes pretendam dar.

²⁶² SILVA, José Afonso da. Op. cit. p. 249

²⁶³ Ibidem. Há sobre o ponto alguma divergência doutrinária, com autores que entendem estar o ateísmo amparado especificamente na liberdade de consciência.

²⁶⁴ NETO, Jayme Weingartner. *Comentário ao Artigo 5º, incs. VI, VII e VIII*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1ª ed. 6ª tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. pp. 267-268.

Outro ponto de relevo diz respeito acerca da possibilidade de adeptos de uma religião defenderem seus pontos de vista em face de outra crença ou religião – em outras palavras, a possibilidade de exercer a apologética, inclusive mediante o uso de críticas fortes.

A questão é a emanção de um problema mais profundo, qual seja, o motivo pelo qual o Estado adota a laicidade. Embora não haja acordo entre as religiões acerca de qual delas tenha a doutrina mais precisa – ou, em outras palavras, qual corresponde à verdade –, seria despropositado assumir que não exista verdade possível acerca da religião, ao menos até que isso se demonstre inequivocamente²⁶⁵. Por outro lado, não existe nenhuma razão que desqualifique a razão religiosa como menor ou menos relevante.

Assim, a limitação do debate religioso, embora pudesse talvez contribuir para diminuir certas tensões sociais, seguramente não é compatível com a liberdade e a importância que se espera acerca de um tema extremamente relevante – está-se a falar de hipóteses como salvação ou danação das almas, existência de Deus, etc.; ou seja, ainda que para desmenti-las, seria importantíssimo que houvesse debate – e que, portanto, merece ter a inteligência humana livre de amarras para discuti-lo²⁶⁶.

Desse modo, entende-se que o direito de apologética não pode ser censurado, ainda quando os adeptos de uma religião estejam a atacar a doutrina da outra – devendo ser mantido, porém, o respeito pessoal e observadas as disposições constitucionais acerca da responsabilidade penal e civil das pessoas por atos de injúria, calúnia ou difamação. Do fato de ser o Estado um ator neutro entre as religiões não decorre nenhum dever constitucional ou legal de que as próprias doutrinas religiosas, e as pessoas aderentes a estas mesmas doutrinas, façam o mesmo.

A seguir, no mesmo inciso VI do artigo 5º, estabelece-se a liberdade de culto religioso e o direito prestacional de proteção jurídica aos templos e às liturgias: “(...) sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”²⁶⁷.

²⁶⁵ Se o pressuposto estatal for o de que a verdade é definitivamente incognoscível, o Estado já estará a adotar uma particular forma de religião e abandonando, com isso, toda pretensão à neutralidade.

²⁶⁶ Se, hipoteticamente, um dia se pudesse ter absoluta certeza, a um grau completamente isento de questões, acerca da doutrina religiosa (ou antirreligiosa) correta, então não haveria mais sentido falar em necessidade de pluralismo religioso, exceto como eventual tolerância ao erro, se necessária.

²⁶⁷ *Ibidem*.

Para muitos autores, trata-se o culto de elemento primordial da liberdade religiosa, inclusive porque seu caráter de externalização tende a facilitar a identificação do fenômeno religioso. (...) De toda sorte, a proibição de impedir ou perturbar os atos de culto vincula entidades públicas e privadas e dá azo a um dever de proteção por parte do Estado, vale dizer, além de abster-se de perturbar o culto, o poder público deve, ao mesmo tempo, prevenir, reprimir e sancionar a sua perturbação por terceiros, alargando-se aos respectivos momentos anteriores e posteriores e abrangendo a ida e o regresso aos locais de culto.²⁶⁸

A liberdade de culto assegura o direito de fazer atos de oração e de liturgia, sem constrangimentos de qualquer espécie, seja em público ou em ambiente privado. Permite, do mesmo modo, o uso de objetos de devoção, a reunião para fins religiosos. No caso de culto em ambientes públicos de uso comum (passeatas, missas campais, procissões, etc.), tal como no direito de reunião para fins pacíficos, o Estado pode organizar a utilização dos espaços públicos de modo a reduzir eventuais prejuízos a terceiros.

Associada a esta liberdade há outro direito prestacional definido pelo Estado, qual seja, o de proteção aos locais de culto e à liturgia. No caso da proteção à liturgia, o seu entendimento há de ser em sentido material e jurídico. No sentido material, a proteção se revela no sentido de obstar que os atos litúrgicos sejam interrompidos por terceiros. No sentido jurídico, revela-se o caráter protetivo da identidade litúrgica (ou seja, a proteção contra o plágio ou a fraude, que podem causar confusão entre os adeptos).

Há um precedente relevante, embora antigo, do Supremo Tribunal Federal, em que se entendeu pela impossibilidade de uso da liturgia católica por bispo dissidente, fundador de nova religião. Optou-se, assim, pela proteção (em sentido quase autoral) da liturgia da Igreja originária, a fim de evitar-se prejuízo ou confusão entre os fiéis.²⁶⁹

Com relação aos locais de culto, a prestação também pode ser material ou jurídica. Material quanto à especial garantia contra os atos de vandalismo e agressões, ou para desfazer eventuais impedimentos ilegítimos ao acesso dos adeptos. Jurídica, no sentido de se conferir maior proteção jurídica aos templos – e, ainda, assegurar a sua previsão nos planos diretores dos municípios, de modo a garantir a existência de espaços de culto nos novos bairros e nas cidades.

²⁶⁸ Ibidem. p. 270.

²⁶⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança n. 1114/49 – DF**. Julgado em 17/11/1949. Brasília: DJ de 26/1/1950, p. 878.

Outro direito prestacional é definido no artigo 5º, inciso VII, segundo o qual se garante assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.

O direito à assistência religiosa reflete claramente o interesse do Estado na preservação da religiosidade e seu reconhecimento como hábito individual e social valoroso. Com efeito, a disposição impõe o dever estatal de prover um serviço, configurando-se, portanto, direito fundamental prestacional de natureza material. O modo como o Estado deve provê-lo, em regra, será mediante acordo ou convênio, ou facilitando o acesso das instituições religiosas nos ambientes citados.²⁷⁰ Contudo, há caso de prestação direta, notadamente entre os militares (forças armadas, polícias militares e corpos de bombeiro militares), em que a instituição pública organiza capelanias e contrata, mediante concurso, padres, pastores e ministros de confissões religiosas para prestação de assistência religiosa a seus integrantes.

No âmbito das Forças Armadas, a assistência religiosa continua regulamentada pela Lei nº 6.923, de 29 de junho de 1981, que “*dispõe sobre o Serviço de Assistência Religiosa nas Forças Armadas*”, a despeito de eventuais críticas acerca da constitucionalidade da citada norma²⁷¹.

Pela regulamentação, cada Força tem um serviço próprio, integrado por capelães militares, admitidos por concurso, integrantes de variadas confissões religiosas (a critério do edital do concurso). Com relação à Igreja Católica, a matéria foi disposta em um Acordo com a Santa Sé²⁷², ratificado de forma anômala pelo Congresso quando da apreciação de outro acordo mais recente, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, promulgado pelo Decreto nº 7.107, de 11 de fevereiro de 2010.

Levanta-se, eventualmente, questionamento acerca da constitucionalidade da realização de concordatas com a Santa Sé, porque se constituiriam em tratamento diferenciado à religião católica. Entende-se que não há inconstitucionalidade, haja vista a caracterização da Santa Sé como pessoa jurídica de direito internacional, e em vista do papel diferenciado assumido pelo catolicismo na formação cultural do País. Sobre o ponto, embora esteja a tratar do ordenamento português, transcreve-se valiosa lição de Jorge Miranda:

²⁷⁰ NETO, Jayme Weingartner. Op. cit. p. 270.

²⁷¹ BÜSCHEL, Inês do Amaral. *Direito à Assistência Religiosa*. In: **Última Instância** (sítio da internet). Disponível em <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/artigos/4535/direito+a+assistencia+religiosa.shtml>. Acesso em 3 de fevereiro de 2015.

²⁷² Trata-se do Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé sobre Assistência Religiosa às Forças Armadas, de 3 de outubro de 1989.

A questão que deve suscitar-se é apenas esta: saber se há normas da Concordata e da legislação ordinária que desrespeitem os princípios constitucionais de liberdade e igualdade religiosa; e, na hipótese de isso acontecer, conseguir obter a sua substituição ou a publicação de novas normas que restabeleçam a liberdade e a igualdade.

O entendimento dominante e acolhido pelos órgãos de fiscalização da constitucionalidade é que os princípios constitucionais se compadecem com um tratamento diferenciados das várias confissões, em razão do modo como elas se encontram difundidas entre as pessoas ou do peso real que têm na sociedade. O que não admitem, em caso algum, é um tratamento privilegiado ou, ao invés, discriminatório desta ou daquela confissão.²⁷³

E prossegue, ao estabelecer que o tratamento diferenciado não afeta a qualidade dos direitos deferidos a uma ou outra confissão religiosa, mas apenas os organiza em uma estrutura diferente, de modo que não pode ser confundido com tratamento privilegiado – esse sim, haveria de ser inconstitucional.²⁷⁴

O inciso VIII do artigo 5º da Constituição de 1988 assegura o direito de objeção de consciência, que possibilita o cumprimento de prestação alternativa, fixada em lei, nos casos em que uma pessoa se exima, por motivo de convicção filosófica, política ou religiosa, de cumprir obrigação a todos imposta. Há, porém, exceção constitucional expressa para o caso de guerra, em que não se aplica a obrigação alternativa, incidindo as disposições do Código Penal Militar. Nada obstante, a objeção de consciência tem grande relevo e repercussão principiológica relevante.

Isso porque do direito de objeção de consciência – a que se junta a liberdade religiosa *stricto sensu*, como princípio do ordenamento constitucional – deve-se extrair um direito da pessoa jurídica à objeção, voltado às entidades religiosas, no sentido de que um determinado grupo – uma escola, um hospital – não sejam obrigados a violar a sua identidade religiosa – as convicções e os valores religiosos que constam de seus estatutos – em função de ordens estatais, ainda quando se trate do conflito com outros direitos individuais reconhecidos.

Tem-se em consideração, aqui, a hipótese de que venham a ser garantidos, como direitos, certos atos de conduta contrários à fé ou à moral do grupo religioso em tela. Cogita-se, por exemplo, do aborto voluntário. Nesses casos, não poderia ser o hospital confessional obrigado a fazer o procedimento, sendo legítima a recusa.

²⁷³ MIRANDA, Jorge. Op. Cit. pp. 369-370.

²⁷⁴ *Ibidem*.

Nesta hipótese, não é a consciência individual que se pretende preservar, já que se está a tratar de pessoas morais, mas a liberdade de se conduzir segundo as convicções religiosas que fazem parte da entidade, e que lhe conferem identidade.

O texto constitucional mantém, ainda, a permissão de colaboração de interesse público entre Igreja e Estado (artigo 19, inciso I), associada à vedação de estabelecimento ou embargo de culto ou religião pelo Poder Público.

A Constituição assegura o direito de acesso ao ensino religioso, de matrícula facultativa, como disciplina no horário normal das escolas públicas de nível fundamental (artigo 210, §1º). Permite, ainda, o direcionamento de recursos públicos a escolas confessionais, cumpridos certos requisitos (artigo 213).

Nota-se que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, com a alteração promovida pela Lei nº 9.475, de 22 de julho de 1997 – cujo projeto na Câmara dos Deputados foi relatado por um padre, curiosamente –, passou a vedar “quaisquer formas de proselitismo” no ensino religioso, inclusive o de caráter privado, revogando a distinção legal então existente entre o ensino religioso confessional e o interconfessional, embora se mantendo a denominação ‘escola confessional’.²⁷⁵

A modificação vem ao encontro de certa parcela da doutrina do direito constitucional, que propõe o ensino religioso como mera “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 – sem qualquer tomada de partido por parte dos educadores”.²⁷⁶

Entende-se que o ensino religioso, assim compreendido, não logra alcançar o que a sua designação propôs: deixa de ser ensino religioso, pois passa a ser ensino metarreligioso. Com efeito, o conhecimento geral de história, prática e dimensões sociais de religiões é objeto de uma disciplina que descreve, mas não adere à religião. Pode-se tratar de sociologia ou filosofia ou história da religião, mas não haverá de ser ensino religioso.

Ademais, e aqui a força do argumento parece quase intransponível, não haveria nenhum sentido em fazer com que a disciplina, assim configurada, fosse de matrícula

²⁷⁵ BRASIL. Lei nº 9.475, de 22 de julho de 1997. Diário Oficial da União de 23/7/1997, Seção 1, p. 15824. Brasília, 1997.

²⁷⁶ SARMENTO, Daniel. *Representação ao Procurador-Geral da República*. In: BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Ministério Público em Defesa do Estado Laico**. Vol. 2. Brasília: CNMP, 2014. p. 15.

facultativa, como prescreve a Constituição, já que cuidaria de modo perfeitamente distante do tema, sem levantar espaço a sensibilidades pessoais, e aproveitaria, de forma ampla, à formação de cultura geral de todos os estudantes, incluso os ateus.

Outrossim, ressalte-se que a ideia de um ensino religioso sem religião é, de si mesma, preconceituosa contra o fenômeno da religiosidade. Supõe que a religião seja tema irracional, indigno do ambiente educacional ou insuscetível de práticas comunicativas ou de diálogo, quando, na verdade, a religiosidade é um bem jurídico que se pretende preservar. Como afirma Jorge Miranda, “(...) o silêncio perante a religião, na prática, redundaria em posição contra a religião”²⁷⁷.

Ora, parece muito pouco razoável que o ensino religioso se converta, na verdade, em um ensino da religião civil do Estado, em um conteúdo que subtraia o valor intrínseco da religião ao procurar equipará-las todas, em nítido aspecto de relativismo que desrespeita as particularidades das crenças – incluso a sua pretensão de validade.²⁷⁸ Assim como a assistência religiosa nas Forças Armadas se dá em bases confessionais (e plurais, já que não há ministros de uma única confissão), o ensino religioso pode seguir modelo análogo, sem que isso importe em violação da cláusula de separação entre Igreja e Estado.

Ensino religioso não se confunde com história ou sociologia da religião. Não se trata de transmitir um vago sentimento religioso ou dar a conhecer o fenômeno religioso em suas diferentes manifestações, como cultura geral. Para ter alguma utilidade prática, o ensino religioso deve ser de uma fé concreta, de acordo com a opção manifestada pelos pais ou pelo próprio estudante, como garantia da liberdade religiosa.²⁷⁹

Destaca-se, nessa linha, que a entrada em vigor da concordata (denominada acordo) entre Brasil e Santa Sé, pelo Decreto nº 7.107, de 11 de fevereiro de 2010, repõe a questão ao estado anterior à modificação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, pois o §1º do artigo 11 do texto do tratado menciona o ensino religioso “católico, e de outras confissões religiosas”. Desse modo, e dada a hierarquia (idêntica a de lei) dos tratados, entende-se que o ordenamento em vigor dê suporte ao ensino religioso confessional, mesmo nas escolas públicas, respeitado o seu caráter facultativo.

²⁷⁷ MIRANDA, Jorge. Op. cit. p. 375.

²⁷⁸ RATZINGER, Joseph. **Homilia na SANTA MISSA «PRO ELIGENDO ROMANO PONTIFICE»**. Vaticano, 18 de abril de 2005. Disponível em http://www.vatican.va/gpII/documents/homily-pro-eligendo-pontifice_20050418_po.html. Acesso em 10 de fevereiro de 2015.

²⁷⁹ MARTINS FILHO, Ives Gandra. Op. cit. p. 426.

A Constituição de 1988 mantém, por fim, a concessão de imunidade tributária aos templos e às propriedades vinculadas às finalidades essenciais da denominação religiosa (artigo 160, inciso VI, alínea b). Trata-se de cláusula que, a um só tempo, preserva a liberdade de atuação das entidades religiosas (impedindo que a cobrança do imposto possa opor embaraços ao culto) e revela caráter de incentivo à manutenção das entidades religiosas – como direito de prestação jurídica, portanto.

d) Proposta de síntese.

O significativo feixe de situações jurídicas que compõem o ora denominado direito fundamental à religião, em todas as suas dimensões e funcionalidades, pode ser sintetizado em algumas grandes categorias – ora propostas –, que, por seu turno, podem orientar o exame e a interpretação de eventuais casos análogos.

i. Em primeiro lugar deve se situar a categoria das liberdades e das imunidades da religião, sob aspecto individual e coletivo. Aqui, ressaltam-se, entre outros, os direitos de liberdade de crença; de liberdade de culto; de liberdade para conduzir a própria vida de acordo com a religião escolhida; o direito de escusa de consciência; o direito de prover a educação dos filhos e a organização da família de acordo com a religião a que se adere.

Sob o prisma coletivo, destacam-se os direitos de proselitismo pacífico; de auto-organização, autogestão e a garantia de não-intervenção na estrutura religiosa (inclusive na organização civil da entidade religiosa) e no culto ou liturgia; a garantia de não-intervenção do Estado no livre mercado de ideias para beneficiar determinada crença ou religião, embora permitido o tratamento diferenciado de situações distintas, segundo os outros direitos constitucionais envolvidos e a proporcionalidade; entre outros. São direitos majoritariamente de defesa.

ii. A segunda categoria diz respeito às prestações estatais exigíveis em função da proteção à religião, também sob o ponto de vista individual ou coletivo. Aqui se situa o direito de assistência religiosa – prestada diretamente pelo Estado ou mediante acordo com as entidades religiosas – para os militares e para os que se encontram em locais de internação coletiva, como hospitais, presídios, etc.; o direito ao ensino religioso confessional (facultativo) nas escolas públicas de ensino fundamental, no horário normal das aulas; o direito de proteção aos locais de culto (templos e locais temporariamente utilizados para eventos religiosos), e às liturgias (aos eventos de culto, em sentido material, e aos textos e

características típicas da liturgia própria, como sentido autoral e jurídico da proteção). Neste direito se inclui ainda o da previsão de espaços religiosos no planejamento urbanístico. Ainda nesta categoria se insere o direito ao reconhecimento do casamento religioso, com seus efeitos jurídicos, entre outros.

iii. A terceira categoria diz respeito à valorização da religiosidade e das religiões enquanto Instituições relevantes à sociedade e à sua organização. Cuida-se, aqui, do reconhecimento de direitos de participação, individual e coletiva, que permitam que a visão abrangente de mundo trazida pela religião possa enriquecer os debates travados no espaço público, ainda que, quando necessário, mediante um esforço – que é tarefa de todos os envolvidos no processo – de mútua compreensão e tradução de argumentos para sua eventual ampliação na sociedade; assim também a caracterização da religiosidade como valor social (Garvey e Taylor) e como valor jurídico (dimensão objetiva), para que seja considerada na ponderação de temas controversos e de dissensos morais razoáveis, e não excluída *a prioristicamente*; o reconhecimento da religião como parte da identidade cultural – estendendo-se-lhe, portanto, a proteção aplicável à cultura, no que couber; a sua consideração na elaboração de políticas públicas e de mediação de conflitos entre diferentes visões de mundo.

Estas três categorias remetem, embora não sejam idênticas, às funções de defesa, prestação e de participação que constituem a divisão funcional clássica dos direitos fundamentais. Todas as modalidades, como visto, estão fundamentadas nas próprias disposições constitucionais em vigor, assim como no reconhecimento doutrinário da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Com a presente proposta de conformação, pensa-se atribuir efetividade plena ao direito fundamental à religião, tomado em consideração em sua inteireza, e não apenas nos aspectos negativos – de liberdade contra o Estado.

A realidade social, como se procurou demonstrar no primeiro capítulo, bem como toda a estruturação de nosso direito objetivo, como ora se pretendeu defender, reclamam um entendimento generoso da permeabilidade do direito à interação existente e necessária entre a religião e a sociedade, que tanto pode ser benfazeja em tempos de dúvida como os atuais.

III

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O DIREITO FUNDAMENTAL À RELIGIÃO.

Lançados os marcos teóricos do trabalho, cumpre prosseguir com a sua segunda etapa, que diz respeito ao emprego de pesquisa jurídica de natureza empírica para verificar em que medida, e de que forma, o direito fundamental à religião é compreendido e aplicado pelo Poder Público – notadamente pelo Supremo Tribunal Federal.

Como se disse alhures, uma teoria da liberdade de religião que se limite a advogar a sua dimensão subjetiva e negativa não corresponde de modo adequado ao estágio atual do desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, porque não consegue compreender de forma ampla o fenômeno religioso e a sua interação com o direito e com a sociedade.

A abordagem que dê valor ao mero status negativo da liberdade religiosa tenderá a confinar a religião a um plano privado – assunto que diz respeito tão-somente à vida privada do indivíduo. Por outro lado, a compreensão do direito fundamental à religião em sua inteireza implicaria, em tese, na aceitação da participação da religião na esfera pública e na consideração de suas razões.

Assim, é mister submeter a questão à análise.

Convém destacar a necessidade de recortes metodológicos, já que as variáveis que se pretendem verificar são demasiado amplas.

O primeiro recorte se deu quanto ao campo do direito à religião. A necessidade de limitação (recorte) nesse campo diz respeito à delimitação da prova do problema: havendo inúmeras crenças na sociedade brasileira, delimitar casos sensíveis para todas seria um trabalho infrutífero, senão contraditório. Assim, decidiu-se limitar o trabalho à perspectiva da Igreja Católica, pelos fundamentos que já foram expostos anteriormente.

O segundo recorte diz respeito à escolha de ações de controle concentrado no Supremo Tribunal Federal. É que as decisões da Corte Constitucional, como já se afirmou, têm enorme repercussão social e seguem um processo transparente de fluxo, pela qual podem

ser descritas de forma confiável a partir da leitura de seus documentos originais (acórdãos e manifestações das partes).

Sobre os acórdãos selecionados, segundo os critérios descritos na introdução da presente dissertação, aplicou-se técnica de pesquisa com análise de conteúdo, método que emprega elementos quantitativos ou qualitativos de exame do texto, a fim de buscar a sua compreensão, bem como dos elementos que são velados ou estão latentes na comunicação.²⁸⁰

A pesquisa busca identificar o contexto em que é tratada a religiosidade, a laicidade estatal e o direito fundamental à religião nestas ações, tomando-lhes como referência para avaliação da conduta do Poder Público face à religião.

1) O caso das células-tronco.

a) Breve síntese da ação.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510 foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República com o objetivo de obter a declaração de inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005), que cuida da autorização para utilização de células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados nos respectivos procedimentos.

O autor fundamentou o pedido na existência de vida humana desde a fecundação, e prossegue em contínuo desenvolvimento. Salienta que o embrião já contém todas as informações necessárias para seu desenvolvimento, razão pela qual é mais que um “amontoado de células”. Ressalta que o uso das células-tronco (a partir do blastocisto) depende da destruição do embrião, sendo preferível o uso de células-tronco adultas. Fundamenta, por fim, a igual dignidade de todos os seres humanos para ressaltar a inexistência de diferença material entre a preservação da vida embrionária e a da vida adulta.

A ação foi distribuída ao Ministro Carlos Ayres Britto, em 31 de maio de 2005. Prestadas as informações pela Presidência da República e pelo Congresso Nacional, foi realizada audiência pública e foram admitidos diversos *amici curiae*.

²⁸⁰ XIMENES, Julia Maurmann. LEVANTAMENTO DE DADOS NA PESQUISA EM DIREITO – a técnica da análise de conteúdo. In: Vladimir Oliveira da Silveira. (Org.). Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI Tema: "A Ordem Jurídica Justa: um diálogo Euroamericano. 1ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, v. 1, p. 7608-7622.

Importa destacar a admissão da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil como *amicus curiae*. Em petição de vinte e duas laudas, o Episcopado ressalta que a Constituição reconhece a importância da religião – argumento defendido a partir de seu preâmbulo, bem como da previsão de ensino religioso nas escolas; entretanto, a argumentação desenvolvida pelo amigo da Corte não se traduz em argumentos religiosos.

Afirma a relevância da vida humana como direito fundamental, invoca o Tratado de São José da Costa Rica (que define o direito a vida, em geral, a partir da concepção), alerta para o risco de soluções eugênicas sob o pretexto do desenvolvimento científico, utiliza argumentos biológicos e genéticos para defender a ideia de que o embrião possa ser considerado como ser humano vivo, e, finalmente, invoca o argumento da dúvida (preservação da vida como critério definidor em caso de ausência de certeza do seu momento inicial).

Importa ressaltar que, nada obstante a ausência de declarações expressas relativas a aspectos de culto ou de fé e moral (linguagens típicas: dogma v. liberdade; virtude v. pecado; preceito v. não-preceito), seja na inicial, seja na manifestação da CNBB, é notório que a discussão logo foi deslocada, por outros *amicus curiae*, para o plano religioso, como modo de neutralização do argumento de origem²⁸¹.

Nesse sentido, a associação CONECTAS e o Centro de Direitos Humanos mencionam a identificação entre o entendimento do Procurador-Geral da República com aquele defendido pela Igreja como uma espécie de colonização “do Estado laico e imparcial” pelo elemento religioso – e mencionam a religiosidade como eventual força nefasta ao julgamento.²⁸²

O acórdão analisado tem início com o voto do Relator, Ministro Carlos Britto. Depois de um breve relatório, o ministro defende a razoabilidade e o equilíbrio da lei impugnada, sustentando que a vida protegida sob o ponto de vista constitucional é da pessoa

²⁸¹ Retoma-se, aqui, a ideia do mito do iluminismo, abordada no capítulo anterior, segundo o qual os argumentos religiosos devam ser vistos com desconfiança, por se identificarem com o obscurantismo. TAYLOR, Charles. Why we need a radical redefinition of secularism. In: BUTLER, Judith [et al.]. **The Power of Religion in the Public Sphere**. New York: Columbia University Press, 2011. p. 50.

²⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510**. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 29 de maio de 2008. Publicado em 28 de maio de 2010. Brasília: DJe-096, 2010. Disponível em: www.stf.jus.br Acesso em 5/3/2015, às 20h. p. 154.

nascida viva (teoria natalista); e que é tomada em sentido biográfico, mais do que biológico, e portanto relacional.²⁸³

Defende que a extensão de proteção à vida intrauterina, como postulado da dignidade humana, somente tem lugar em função da aptidão para avançar até o caminho do nascimento, e nos limites que lhe der a lei. No caso do embrião *in vitro*, não incidiria essa proteção.²⁸⁴ Em seguida, afirma a possibilidade jurídica da fertilização *in vitro*, e nega a necessidade de implantação da totalidade dos embriões produzidos – que imporá à mulher a “tirania patriarcal de ter que gerar filhos para os seus maridos ou companheiros (...)”.²⁸⁵ Argumenta ainda com a correspondência da morte encefálica para dizer que a ausência de atividade neural do embrião faz com que não lhe corresponda o conceito de vida – para fins jurídicos – e que o constitucionalismo fraterno se harmoniza com seu aproveitamento para fim mais útil que o descarte.²⁸⁶

Votou, a seguir, a Ministra Ellen Gracie, em antecipação de voto. Adotou diferença teórica entre a figura do pré-embrião (até quatorze dias após a fecundação) e a do embrião, com aparecimento de características iniciais de individualização. Aduz, adiante, o princípio utilitarista (resultado de maior alcance com o mínimo de sacrifício possível) para justificar a constitucionalidade da lei.²⁸⁷

Após pedido de vista, votou o Ministro Menezes Direito. Após abrir o voto com uma síntese das razões do Relator, defendeu que a decisão a ser dada não estava vinculada à ciência nem à religião, mas ao direito; defendeu, neste ponto, o direito de expressão religiosa contra as acusações de obscurantismo, ressaltando que o tema da proteção à vida representa um drama moral tanto para crentes quanto para ateus.²⁸⁸

A seguir, abordou aspectos técnicos e científicos da fertilização *in vitro*, com destaque para a análise de viabilidade dos embriões – cuja gradual melhoria de precisão poderá conduzir, segundo o julgador, a um maior número de embriões em criogenia, e à seleção genética dos melhores espécimes. Cita, ainda, alguns estudos científicos com

²⁸³ Ibidem. p. 162.

²⁸⁴ Ibidem. p. 178.

²⁸⁵ Ibidem. p. 188.

²⁸⁶ Ibidem. p. 200.

²⁸⁷ Ibidem. p. 219.

²⁸⁸ Ibidem. p. 238.

repercussões graves, para destacar que a ciência não pode ser apenas autocontida, mas deve responder a ditames éticos.²⁸⁹

Defende a igual dignidade do embrião humano em relação ao nascido, contrariamente ao argumento do estatuto de dignidade intermediária²⁹⁰, e refuta o argumento utilitarista, por fazer a vida como meio em relação a um fim. Entretanto, sustenta a possibilidade de uso das células-tronco mediante extração que não venha a destruir o embrião, com exceção dos embriões que deixaram de se dividir – que deixaram de estar vivos, segundo a visão do julgador e, por isso, podem ser destruídos.²⁹¹

Votou, em seguida, a Ministra Cármen Lúcia. A julgadora entendeu que a proteção à dignidade humana e a inviolabilidade da vida não se diminuam em face da autorização do uso de células-tronco embrionárias; pelo contrário, defende que o fim seja justo em vista da alternativa, que seria o descarte dos embriões. Invoca a liberdade de pesquisa e expressão científicas.²⁹²

O Ministro Lewandowski faz um apanhado acerca do conceito de células-tronco. Depois, passa a alertar sobre o papel da ciência, e sua incapacidade de dar respostas neutras ou inócuas quanto a seus motivos e resultados²⁹³. Denuncia a coisificação, ou alienação, e ressalta caber aos homens estabelecer limites éticos à ciência e evitar a reificação e o seu uso para fins nefastos – tais como a criação de monstros.

Invoca o Tratado Interamericano de Direitos Humanos para sustentar que a proteção à vida se inicia na concepção. Defende a dignidade do embrião, e afirma que o direito à vida não pode ser tratado sob o prisma individual somente, mas como um valor coletivo.²⁹⁴ Aduz, ainda, a necessidade de harmonização da lei com a Carta Constitucional, haja vista a excessiva abertura de seus termos. Formula voto em termos análogos ao do Ministro Menezes Direito.²⁹⁵

O Ministro Eros Grau vota em seguida. Inicialmente, faz uma advertência acerca da falsidade da oposição entre ciência e religião naquele julgamento porque, em seu entender, os defensores da ciência comportavam-se como fanáticos religiosos, tratando todos os demais

²⁸⁹ Ibidem. p. 246.

²⁹⁰ Ibidem. p. 280.

²⁹¹ Ibidem. p. 289.

²⁹² Ibidem. p. 364.

²⁹³ Ibidem. p. 380.

²⁹⁴ Ibidem. p. 403.

²⁹⁵ Ibidem. p. 448.

como parvos. Menciona, ainda, que todos os julgadores precisam de suas pré-compreensões para compreender o texto constitucional, o que incluir pré-compreensões religiosas, embora o resultado da interpretação seja jurídico.

Sustenta, adiante, que o nascituro é pessoa, visto que goza de proteção civil e criminal; e, por isso, pesquisas científicas com embriões são inconstitucionais. No entanto, afirma, a lei em questão não seria inconstitucional, porque os “embriões” a partir dos quais são extraídas as células-tronco de que se trata não estariam vivos, insuscetíveis de movimento, porque não abrigados em um útero.²⁹⁶ Entretanto, critica a excessiva abertura da lei, e impõe condicionantes para a declaração de constitucionalidade, mediante proposta de sentença aditiva, em termos similares aos propostos pelo Ministro Menezes Direito.²⁹⁷

O Ministro Joaquim Barbosa, em seguida, profere seu voto, negando a necessidade de se determinar o início da vida. Afirma que a lei alia a proteção à vida em um sentido mais amplo e coletivo com o desenvolvimento científico. Destaca que a lei dá a faculdade do uso das células embrionárias, mas nada impõe – o que, segundo o julgador, se harmonizaria com a laicidade do Estado. Traça uma ligação entre a liberdade religiosa e a preservação da autonomia da vontade. Traz legislação sobre o tema no direito comparado. Afirma serem necessárias novas respostas éticas, diversas das de tempos passados. Finalmente, vota acompanhando o Relator.²⁹⁸

O Ministro Cezar Peluso inicia com a refutação de diversos elementos de votos anteriores, tais como a utilização de fundamentos infraconstitucionais para sustentar a delimitação teórica do direito à vida e o argumento da morte encefálica como correspondente analógico (por ser uma ficção). Superado o ponto, sustenta seu voto na ideia de que a vida é um processo e que os embriões em questão, por estarem privados de movimento (de mudança), não estão vivos (ainda) e não são sujeitos do direito à vida.²⁹⁹ Defende, entretanto, que os embriões têm dignidade humana – ainda que não desfrutem do direito à vida – e que, por isso, merecem algum grau de proteção constitucional, que, em sua visão, já está garantido pela lei, ressalvada a necessidade de interpretação conforme em relação ao controle das pesquisas. Assim, julgou improcedente a ação.³⁰⁰

²⁹⁶ *Ibidem*. p. 456.

²⁹⁷ *Ibidem*. p. 460.

²⁹⁸ *Ibidem*. pp. 461-474.

²⁹⁹ *Ibidem*. p. 504.

³⁰⁰ *Ibidem*. p. 524.

O Ministro Marco Aurélio inicia seu voto com a exposição da dúvida acerca do início da vida na tradição religiosa cristã; segue com a menção à ideia de viabilidade independente, como critério adotado em *Roe v. Wade*; e destaca, assim, que a questão da viabilidade, no caso presente, não se põe. Destaca que o caso tratado pela lei de biossegurança não desaguaria jamais em nascimento, razão pela qual não deve receber proteção constitucional à vida. Entende o julgador que apenas o preconceito poderia justificar a ótica dos contrários às pesquisas. Faz, em seguida, comparativo de normas em diversos países, e conclui pela improcedência da ação³⁰¹.

O Ministro Celso de Mello vota em sequência. Introduce o voto ao abordar a laicidade estatal, que imporá um dever de despojamento de pré-compreensões religiosas, e de um confinamento da religião à ordem estritamente privada. Afasta a identificação do tema em julgamento com o aborto. Narra diversas hipóteses de marco inicial da vida, e defende a atividade cerebral, razão pela qual entende que a lei de biossegurança não violaria o direito à vida. Cuida, ainda, do texto constitucional e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, para sustentar a ausência de proteção constitucional à vida desde a concepção.³⁰²

O último voto foi dado pelo Ministro Gilmar Mendes, presidente da Corte à época do julgamento. Seu voto concentrou-se no papel da Corte Constitucional de tomada de decisões constitucionalmente sensíveis, como legitimado argumentativo; e em defender a possibilidade do manejo de técnicas de decisão que fossem além da mera constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma impugnada. Cita a incompletude e a vagueza da lei em exame, que poderia, em tese, render eventual inconstitucionalidade por proteção deficiente. Ao final, manifesta-se pela improcedência da ação, com a ressalva da necessidade de que a permissão para as pesquisas passasse por um comitê central, vinculado ao Ministério da Saúde.³⁰³

Ao final do julgamento, o resultado foi proclamado, com a improcedência da ação direta de inconstitucionalidade.

b) A questão da religião no julgamento da ADI 3.510.

³⁰¹ Ibidem. pp. 548-553.

³⁰² Ibidem. p. 591.

³⁰³ Ibidem. p. 630.

O julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade referente à lei de Biossegurança, que tratou da possibilidade do emprego de embriões para a extração de células-tronco, com a finalidade de uso em pesquisa científica, representa um marco na questão da laicidade estatal.

Primeiramente, importa destacar que a análise ora empreendida não diz respeito diretamente ao mérito da questão. As conclusões às quais chegou o Supremo Tribunal Federal não constituem o cerne deste trabalho, visto que o tema que interessa no presente momento é a presença (ou ausência) da religiosidade no discurso do acórdão – e qual o viés e o sentido atribuídos pelos julgadores à laicidade estatal.

O volume numérico do discurso relativo à religião, em todo o julgamento, não é significativo. Baseado nas classificações efetuadas com auxílio das unidades de registro chega-se ao percentual de 1,58% (um inteiro e cinquenta e oito centésimos por cento), em relação a todo o discurso do acórdão.

Ainda sob o aspecto quantitativo, verificam-se certas palavras-chave que sobressaem nos votos registrados, consoante a nuvem de palavras que se apresenta na figura abaixo.

das razões e da participação de entidades religiosas no processo de decisão da jurisdição constitucional.

Alguns dos votos trazem elementos de raciocínio religioso – como citações a pensadores religiosos – que podem ser tidos como efetivamente abertos a uma visão de mundo abrangente, nada obstante sejam compatíveis com o modo de decidir jurídico. Tais discursos demonstram estar em linha com o entendimento definido nos capítulos anteriores desta dissertação, referente à caracterização da religiosidade como um vetor axiológico do sistema jurídico.

Nesse sentido, destacam-se menções a autores da tradição cristã (Agostinho, São Tomás), com maior presença no voto do ministro Menezes Direito, e o reconhecimento de abertura para pré-compreensões religiosas na formação da interpretação, constante do voto do ministro Eros Grau.

Por outro lado – e esse julgamento é o primeiro em que a tendência se delinea como maioria – há uma relativa prevalência de uma ideia restrita de laicidade, que, a um só tempo: a) limita-se a abordar o aspecto negativo (de liberdade) do direito fundamental a religião; e b) incorre em um laicismo prático, que busca diminuir a relevância da religião e confiná-la ao recesso privado, afastando-a do foro de decisão.

Exemplo do primeiro aspecto está no voto do Ministro Joaquim Barbosa, que identifica a liberdade religiosa apenas com autonomia privada:

A conjugação da laicidade do Estado e do primado da autonomia privada conduz a uma importante conclusão: os genitores dos embriões produzidos por fertilização *in vitro*, têm a sua liberdade de escolha, ou seja, a sua autonomia privada e as suas convicções morais e religiosas respeitadas pelo dispositivo ora impugnado.³⁰⁴

Do mesmo modo, o discurso inicial da ministra Cármen Lúcia, que faz uma enfática defesa do laicismo, realçando, portanto, apenas o aspecto de defesa dos direitos da religião:

Aqui, a Constituição é a minha bíblia, o Brasil, minha única religião. Juiz, no foro, cultua o Direito. Como diria Pontes de Miranda, assim é porque o Direito assim quer e determina. O Estado é laico, a sociedade é plural, a ciência é neutra e o direito imparcial (...).³⁰⁵

³⁰⁴ Ibidem. p. 467.

³⁰⁵ Ibidem. p. 327. Destaquei.

Note-se que, embora seja aparentemente neutro, o discurso revela certa dose de preconceito ao excluir a religião do espaço público, ao passo em que dá – sem nenhuma problematização – por certa a neutralidade da ciência, em um caso em que a ciência foi usada como um argumento ideológico contra a posição da Igreja.

O voto do Ministro Celso de Mello foi ainda mais adiante, defendendo uma visão laicista típica – de segregação da religião ao espaço privado. Ao citar obra de Daniel Sarmiento, o julgador adota o entendimento original de Rawls, de que a esfera pública deve estar reservada apenas às razões públicas.³⁰⁶

Ainda mais significativo, entretanto, e seguramente mais grave para a concepção de um direito à religião aberto informado pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais e pela multifuncionalidade, é a enfática defesa da ciência como saber superior, realizada no voto do Relator:

67. Tem-se, neste lanço, a clara compreensão de que o patamar do conhecimento científico já corresponde ao mais elevado estágio do desenvolvimento mental do ser humano. A deliberada busca da supremacia em si da argumentação e dos processos lógicos ("Não me impressiona o argumento de autoridade, mas, isto sim, a autoridade do argumento", ajuizou Descartes), porquanto superador de todo obscurantismo, toda superstição, todo preconceito, todo sectarismo. O que favorece o alcance de superiores padrões de autonomia científico-tecnológica do nosso País, numa quadra histórica em que o novo eldorado já é unanimemente etiquetado como "era do conhecimento".³⁰⁷

Aqui, as referências indiretas à religião repousam na contraposição entre a ciência e o obscurantismo e a superstição, termos originariamente empregados pelos autores do esclarecimento contra a Igreja. Há uma clara diminuição do valor da razão religiosa em face da ciência, que ganha contornos de saber superior.

E, faça-se notar uma vez mais, não houve, seja pelo autor, seja pela CNBB (como *amicus curiae*), o manejo de argumentos puramente religiosos, que pudessem dar azo a tal reação, mas a tradução destes argumentos em razões jurídicas e científicas.

Mais uma vez, a recordação do mito do Iluminismo é inevitável³⁰⁸. E a ideia de que a preocupação religiosa seja mera tradução de um preconceito, elemento retomado no voto do ministro Marco Aurélio: “Em outras palavras, os valores cotejados não possuem a mesma envergadura, surgindo triste paradoxo no que, ante material biológico que terá, repito,

³⁰⁶ Ibidem. p. 561.

³⁰⁷ Ibidem. p. 205. Destaquei.

³⁰⁸ Cf. TAYLOR. *Why...*

destino único - o lixo -, seja proibida a utilização para salvar vidas. Quanto preconceito, quanto egoísmo(...)."³⁰⁹

Enfim, se é possível extrair um resultado vetorial dos votos em comento, parece justo reconhecer que se delineia um substancial posicionamento laicista, que reduz a importância e o caráter racional do fenômeno religioso e pretende impor-lhe uma esfera negativa de atuação (a separação do espaço público), demais de reconhecer, quando muito, apenas o aspecto de defesa (de liberdade ou autonomia) do direito à religião.

2) O caso das uniões homoafetivas.

a) Síntese da ação.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 foi proposta pelo Governador do Estado do Rio de Janeiro em face de interpretação que vinha sendo conferida a legislação estadual de servidores públicos civis, com o pedido subsidiário de conhecimento como Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do disposto no artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro, que cuida do regime jurídico da União Estável, para dar interpretação conforme a Constituição, a fim de estender aos pares homoafetivos a proteção jurídica conferida aos casais em união estável³¹⁰.

A tese jurídica defendida na ação foi que o regime de uniões homoafetivas deve ser considerado espécie do gênero união estável; e, ainda que não se considerasse a união homoafetiva como inserida nesse gênero, seria devida a sua proteção jurídica como lacuna normativa da Constituição, a reclamar integração por analogia com o regime jurídico da União Estável. Foram invocados os princípios constitucionais da igualdade, liberdade, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica. Ressalta ser a *afetividade*, e não a sexualidade ou interesse econômico, o valor a ser protegido para dar-se caráter de entidade familiar à união homoafetiva.

A demanda foi julgada em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, movida pela Procuradoria-Geral da República, e que tinha por objeto a interpretação analógica do artigo 226, §3º, da Constituição da República, para determinar a

³⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510**. Cit. p. 548.

³¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em 5/5/2011. Publicado em 14/10/2011. Brasília: DJe-198, 2011.

equiparação dos efeitos jurídicos entre uniões homoafetivas e uniões estáveis. Inicialmente concebida como ADPF, foi depois convertida em ADI em face da mesma redação do artigo 1.723 do Código Civil Brasileiro.

O Relator, Ministro Carlos Ayres Britto, ressalta em seu voto o objetivo fundamental de constituição de uma sociedade sem preconceitos, referindo-se à menção do texto a igualdade de sexo (homem e mulher) para sublinhar que essa igualdade representa igual dignidade no uso que cada um faz de sua própria sexualidade. Ressalta o caráter natural (de fato) da homossexualidade. Sublinha, nessa linha, os direitos fundamentais à privacidade e à intimidade. Proclama, daí, o direito de liberdade de sexualidade³¹¹.

Em seguida, trata da caracterização de família, para saber se a Constituição institui vedação ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. Afirma que o *caput* do artigo 226 da Constituição refere-se exclusivamente à família enquanto núcleo doméstico ou familiar, independentemente de tratar-se de união heterossexual ou homossexual. Ressalta que a formação da família se dá pelo caráter afetivo, solidário, estável. Aduz que o significado de família que o texto constitucional prescreve é o coloquial, e não “*ortodoxo ou da própria técnica jurídica*”³¹². Ressalta que o atual texto constitucional não exige a constituição da família pelo casamento, como faziam as Cartas anteriores. Assim, ressalta a paridade jurídica entre a união homossexual e heterossexual, devendo ambas serem entendidas como entidades familiares, sinônimos perfeitos de família. Vota, por fim, pela procedência da ação.

O Ministro Luiz Fux, que votou em seguida, manifestou-se no mesmo sentido do Relator. Ressalta o caráter fático da homossexualidade, bem como a ausência de vedação jurídica para a constituição de uniões homoafetivas. Ressalta o preconceito da sociedade brasileira, e louva a repercussão que o julgamento terá para a sociedade.³¹³ Afirma que a família pós-constituição de 88 despe-se dos elementos materiais, concentrando-se apenas na funcionalidade (proteção e promoção dos direitos fundamentais de seus integrantes), e afirma que seu elemento constitutivo é unicamente o amor familiar (comunhão e identidade). Invoca os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica.

³¹¹ Ibidem. p. 32.

³¹² Ibidem. p. 41.

³¹³ Ibidem. p. 61

Afirma o Ministro Fux que há mutação constitucional, na medida em que “*uma mudança das relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição*”³¹⁴. Ressalta não haver óbice textual contra a inclusão das uniões homoafetivas no âmbito de proteção familiar. Em aditamento ao voto, posterior, ressalta ainda que o julgamento constituía uma “*ousadia judicial*”, afirmando mais uma vez que a Suprema Corte deveria evoluir junto com a sociedade.³¹⁵

A Ministra Cármen Lúcia acompanhou os votos anteriores, sublinhando que a previsão da união estável entre homem e mulher não impediria a atribuição de outros efeitos jurídicos à união que não fosse constituída entre homem e mulher³¹⁶, e ressaltando o repúdio do ordenamento à discriminação. Defende o pluralismo como um valor constitucional.

O Ministro Ricardo Lewandowski recordou que a atual Constituição não repetiu a determinação dos textos anteriores, no sentido de que a família seria constituída pelo casamento. Afirma que há três espécies de família expressamente previstas pela constituição (casamento, união estável e monoparental), e a união homoafetiva não se poderia enquadrar em nenhuma destas. Ressaltou, ainda, que na Assembléia Constituinte a questão da homossexualidade para união estável foi expressamente debatida e recusada, com a opção deliberada pela inclusão da expressão “entre o homem e a mulher”³¹⁷. Afasta, assim, a possibilidade de reconhecimento de mutação constitucional, em vista dos limites objetivos do direito posto.

Reconhece, contudo, a atribuição de efeitos jurídicos às uniões homoafetivas, como entidade familiar diversa daquelas previstas na Constituição, dado que não vedada pela Constituição³¹⁸. Assim, utiliza-se da integração por analogia para superar a suposta lacuna normativa, e aplicarem-se a estas relações as normas da união estável, até ulterior disposição legislativa sobre o tema.

O Ministro Joaquim Barbosa inicia seu voto com uma enfática defesa de que as Supremas Cortes devem suprir o descompasso entre o mundo dos fatos e o mundo do direito. Afirma que, diante da ausência de vedação expressa do texto constitucional, deve ser reconhecido o direito das pessoas que mantêm relações homoafetivas, a partir da ideia de

³¹⁴ Ibidem. p. 73.

³¹⁵ Ibidem. p. 85.

³¹⁶ Ibidem. p. 93.

³¹⁷ Ibidem. p. 104.

³¹⁸ Ibidem. p. 107.

reconhecimento, como emanção da dignidade humana³¹⁹. Invoca os princípios da igualdade e da não-discriminação, auto-aplicáveis, para dar procedência ao pedido.

O Ministro Gilmar Mendes defende a atuação do Judiciário, diante das dificuldades da atuação do Congresso Nacional na matéria, “*em razão das múltiplas controvérsias que se lavram na sociedade em relação a esse tema*”. Afirma que há inércia do Legislativo³²⁰. Fundamenta-se na ideia de liberdade, pela expressão do direito de auto-desenvolvimento da personalidade, para reconhecer que a ausência de abrigo jurídico fomenta a discriminação.

Ressalta que a proteção à união estável entre homem e mulher “*não significa uma negativa de proteção – nem poderia ser – à união civil, estável, entre pessoas do mesmo sexo*”. Ressalta que o texto permite o citado reconhecimento, não com base no texto legal, nem na norma constitucional específica, mas com suporte em outros princípios constitucionais³²¹. Pontua algumas dificuldades interpretativas, para então reconhecer o caráter analógico (e não direto) da aplicação das normas da união estável para a união homoafetiva. Reafirma a necessidade de proteção de direitos fundamentais diante da inércia do Congresso Nacional³²², a destacar, sobretudo, a proteção das minorias.

O Ministro Marco Aurélio ressaltou em seu voto o preconceito sofrido pelos homossexuais, e ressalta que a ausência de decisão do Congresso Nacional indicaria falta de vontade coletiva para a tutela dessas uniões. Ressalta que a solução independe do legislador, por se tratar de decorrência dos direitos fundamentais, diretamente. Propugna a reformulação do conceito de família³²³.

Aduz que a família da Constituição de 1988 não depende do casamento, é plural, e se caracteriza pela opção livre e responsável de constituição de vida em comum. Assim, nada impediria o reconhecimento da família decorrente da união homoafetiva³²⁴. Labora com princípios constitucionais, em especial a dignidade humana, e sublinha a função estatal de auxiliar os indivíduos na realização de seus projetos de vida. Ressalta o papel contramajoritário da Corte Constitucional³²⁵, e conclui pela procedência da ação.

³¹⁹ Ibidem. p. 118.

³²⁰ Ibidem. p. 123.

³²¹ Ibidem. p. 159.

³²² Ibidem. p. 141.

³²³ Ibidem. p. 206.

³²⁴ Ibidem. p. 208.

³²⁵ Ibidem. p. 213.

Um ponto a destacar, ainda, do voto do Ministro Marco Aurélio, é que o julgador faz um juízo severo de “*uma religião específica*”, que teria capturado “*o discurso jurídico para se manter hegemônica*”, havendo-o submetido (o discurso jurídico) a obscurantismos e à moral religiosa. Refere-se, evidentemente, à Igreja Católica. Manifesta-se claramente contrário à utilização das razões religiosas no espaço estatal. Afirma que concepções religiosas ou morais decorrentes da religião não podem guiar condutas estatais, nem podem prevalecer, em todas as esferas³²⁶. Essa linha argumentativa, aliás, será retomada pelo Ministro Celso de Mello.

O Ministro Celso de Mello votou em seguida. Sublinhou o papel dos *amici curiae* como fatores de legitimidade democrática do julgamento. Abre tópico para tratar da repressão histórica ao homossexualismo, pela Coroa Portuguesa e pela Igreja, sublinhando o papel do Concílio de Trento e dos tribunais do Santo Ofício na repressão ao ‘*pecado nefando*’. Ressalta ser imperativo constitucional o reconhecimento das uniões homoafetivas como entidade familiar, destacando o repúdio constitucional à discriminação. Sublinha que o julgamento “*marcará a vida deste País e imprimirá novos rumos à causa da comunidade homossexual*”.³²⁷

Rejeita a ocorrência de óbice no artigo 226, §3º, da Constituição, bem como afirma não haver lacuna voluntária ou consciente (silêncio eloquente) que pudesse impedir o reconhecimento jurídico de tais uniões. Ressalta a função contramajoritária da Corte, e o papel de proteção às minorias, tomando a ausência de votação da matéria no Congresso como expressão da rejeição da maioria ao objeto da demanda. Afirma o direito à busca da felicidade (implícito no texto constitucional). Recusa, ao final, o caráter ativista da decisão, ao dizer que haveria, no caso, desrespeito à Constituição da República por omissão dos Poderes constituídos³²⁸. Defende, ainda, que práticas de ativismo sejam necessidades institucionais eventuais (embora excepcionais), diante de omissões dos Poderes.

Finalmente, o Ministro Cezar Peluso, então Presidente da Corte, acompanhou parcialmente o relator, sublinhando, na linha do Ministro Lewandowski e do Ministro Gilmar Mendes, que haveria lacuna normativa quanto à regulamentação de união homoafetiva, a ser integrada por analogia, sem prejuízo do papel do Congresso Nacional em legislar sobre o

³²⁶ Ibidem. pp. 204-205.

³²⁷ Ibidem. p. 227.

³²⁸ Ibidem. p. 260.

tema. O Plenário ainda autorizou os ministros a, daí por diante, decidirem monocraticamente a matéria.

b) A questão da religião na ADPF 132.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental em comento, julgada em conjunto com a ação direta de inconstitucionalidade n. 4.277, cuidou da aplicabilidade do regramento constitucional e civil referente à união estável aos pares homossexuais.

Mais uma vez, afirma-se preliminarmente que o objeto da presente análise não diz, necessariamente, a respeito do acerto ou desacerto do mérito da decisão – porque essa discussão fugiria, dalgum modo, da delimitação da presente dissertação. Assim, o escopo desse tópico é avaliar o papel exercido pela religião na tomada de decisão, e a forma pela qual os Ministros do Supremo Tribunal Federal avaliam a relevância do fenômeno religioso na ordem constitucional.

Pois se encontra aí uma primeira dificuldade. O texto do acórdão em análise tem raras referências diretas à religião. Na maior parte do tempo, os discursos desenvolvidos pelos julgadores adotam uma perspectiva de combate ao preconceito.

Quantitativamente, os trechos que podem ser categorizáveis como relativos à religião, à laicidade estatal ou à liberdade religiosa não ultrapassam os 0,75% (setenta e cinco centésimos por cento) do inteiro teor do acórdão.

A nuvem de palavras formada pelos vocábulos mais empregados no acórdão é instrutiva.



Figura 2 – Nuvem de Palavras (ADPF 132).

Têm destaque, entre as palavras-chave, além das ideias comuns (constituição, direito, etc.), as expressões *família*, *reconhecimento*, *proteção*, *preconceito* e *liberdade*. Todos os termos estão interligados na linha argumentativa desenvolvida pela Corte, segundo a qual a garantia do *status* familiar às uniões homoafetivas seria um modo de combater o preconceito, valorizar a autonomia individual e promover o reconhecimento e a integração de minorias.

A despeito de não conter uma quantidade maior de linguagem ostensiva acerca da religiosidade, o acórdão em referência desempenha papel relevante no estudo da posição do STF acerca do direito fundamental à religião, visto que se trata de caso em que o tribunal parece intensificar a tendência laicista e excludente à razão religiosa.

Com efeito, dado que seja inegável que a definição de casamento tenha sido inspirada, dentre outros, por valores religiosos tradicionais – e porque esses valores haviam sido cristalizados na Constituição por meio de uma fórmula semântica bastante fechada (*o homem e a mulher*), a decisão da Corte deixa clara a ausência de qualquer consideração sob o

aspecto da dimensão objetiva do direito fundamental à religião e da tradição religiosa enquanto valor do sistema constitucional. O próprio casamento, sendo uma garantia institucional, poderia ter recebido maior atenção no processo de ponderação de valores.

É preciso reconhecer que há um componente religioso e cultural forte na concepção social, vulgar, do que seja família. A despeito de o Ministro Relator afirmar no julgamento que a família da Constituição é a mesma da linguagem coloquial, seria difícil reconhecer que a ideia de entidade familiar, no senso comum, inclua, de fato, qualquer agremiação movida por afeto, sem quaisquer limitações de ordem moral ou religiosa.

E o próprio direito constitucional impunha que tais considerações fossem levadas em conta, a despeito do elogio ao iluminismo formulado em certo ponto pelo Ministro Marco Aurélio. Isso porque a religiosidade é um valor constitucionalmente tutelado, na medida em que se inclui na dimensão objetiva do direito fundamental à religião.

Por outro lado, a reformulação completa do conceito de família, proposta pela maioria dos ministros, faz incidir a questão sobre a estabilidade interpretativa. Há uma valoração comum do que seja o conceito jurídico de família, e esta valoração segue balizas jurídicas muitíssimo tradicionais. A entidade familiar decorrente da união matrimonial foi substituída por aquela do casamento civil, e depois, teve a extensão de seu conceito ampliada pela inclusão da união estável. No entanto, só foi até aí a Constituição, e as relações de fato da vida social não dão qualquer indicação acerca de uma mudança significativa do conceito de família na sociedade³²⁹.

É bom recordar, ainda, que a formulação do conceito de família idealizado pelo Relator, baseado exclusivamente no afeto, é tão amplo que permitiria incluir qualquer pessoa (e até outros seres) em sua composição. Quanto maior a extensão de um conceito, menor sua compreensão e, portanto, a sua utilidade.

Contudo, não é apenas a ausência da religião que conduz a essas conclusões; antes, e principalmente, é devido às suas referências nos discursos dos julgadores, diretas ou veladas.

Em seu voto, já referido, o Ministro Marco Aurélio menciona a suposta captura do discurso jurídico por uma religião, com a finalidade de manter hegemonia. E acresce: a

³²⁹ Há pesquisa de opinião, com critério e metodologia estatística, contemporânea à data do julgamento, que indica que a maior parte da população era contrária à união *gay*. Fonte: <http://www4.ibope.com.br/download/casamentogay.pdf> Acesso em 29/1/2015.

separação entre o direito e a moral foi uma das grandes conquistas do Iluminismo, porque restaurou a racionalidade sobre o discurso jurídico, “antes tomado pelo obscurantismo e imiscuído com a moral religiosa”³³⁰.

Mais adiante, o Ministro prossegue investindo contra a religiosidade:

A proibição de instrumentalização do ser humano compõe o núcleo do princípio, como bem enfatizado pelo requerente. Ninguém pode ser funcionalizado, instrumentalizado, com o objetivo de viabilizar o projeto de sociedade alheio, ainda mais quando fundado em visão coletiva preconceituosa ou em leitura de textos religiosos.³³¹

Do mesmo modo, o Ministro Celso de Mello, falando por meio de citação de Maria Berenice Dias, faz uso da associação entre preconceito e religião, buscando infirmar eventuais razões religiosas: “*Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso*”³³².

Essas, no entanto, são apenas algumas (e talvez as mais diretas) associações feitas pelos julgadores entre religião e preconceito. Na verdade, todo o tom do julgamento, em diversos momentos, dá a entender que somente o preconceito e odiosa discriminação poderiam explicar eventuais objeções ao reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas.

Nesse sentido, por exemplo, a afirmação do Relator acerca do preconceito, logo seguida por uma reveladora menção ao dogma da infalibilidade papal:

Logo, juízo de valor não autorizado pela realidade, mas imposto a ela. E imposto a ela, realidade, a ferro e fogo de u’a mente voluntarista, ou sectária, ou supersticiosa, ou obscurantista, ou industriada, quando não voluntarista, sectária, supersticiosa, obscurantista e industriada ao mesmo tempo. Espécie de trave no olho da razão e até do sentimento, mas coletivizada o bastante para se fazer de traço cultural de toda uma gente ou população geograficamente situada.³³³

Não se deve atribuir gratuidade, aqui, à escolha de palavras. Como já visto *supra*, em muitas ocasiões a repetição de termos como *superstição* e *obscurantismo* está ligada ao mito do Iluminismo, descrito por Taylor (multicitado), como oposição à razão religiosa.

³³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**. Cit. pp. 204-205.

³³¹ Ibidem. p. 211. Destaquei.

³³² Ibidem. p. 231.

³³³ Ibidem. p. 26.

Cuida-se, frequentemente, de imputar uma fragilidade (irracionalismo) que dispensaria o debate argumentativo.

Esse modelo de argumento *ad hominem* se repete. O Ministro Luiz Fux, em seu voto, afirma:

Deveras, os únicos fundamentos para a distinção entre as uniões heterossexuais e as uniões homossexuais, para fins de proteção jurídica sob o signo constitucional da família, são o preconceito e a intolerância, enfaticamente rechaçados pela Constituição já em seu preâmbulo.³³⁴

Ao acusar de preconceituosa toda e qualquer visão contrária às citadas uniões, parece que o próprio julgamento acabou por incidir num injustificável preconceito. Preconceito é pré-julgamento, representa a formação de uma opinião (juízo) sem que tenha havido prévia reflexão. Por isso o termo na língua inglesa é mais adequado: *prejudice*. Ao acoimar de preconceituosas as visões religiosas sobre o homossexualismo, os juízes da Corte que assim o fizeram – e que formam relativa maioria, dado o silêncio dos demais – trataram de tema que solenemente recusam-se a conhecer, visto que jamais mencionam eventuais razões – religiosas ou traduzidas – da Igreja para a defesa da união entre homem e mulher.

O julgamento, portanto, procede com certa virulência antirreligiosa, que põe o Supremo Tribunal Federal em linha com uma compreensão mais estreita de liberdade religiosa, que limita a religião ao espaço privado e não lhe confere boas condições de ponderação quando em confronto com outros bens jurídicos no espaço público.

3) O caso da anencefalia.

a) Breve síntese da ação.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), com o propósito de obter interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, para afastar a incidência do tipo penal de aborto nos casos de “antecipação terapêutica do parto” em gravidez anencefálica.

Em nota prévia, a arguente sustenta que a antecipação terapêutica não seria aborto, porque inexistente a potencialidade de vida extrauterina. Sustenta que a anencefalia,

³³⁴ Ibidem. p. 65.

por importar em ausência de hemisférios cerebrais e do córtex, é completamente incompatível com a vida extrauterina; afirma que essa espécie de gravidez importa riscos mais elevados à mãe; aduz que a ausência da anencefalia como causa excludente de punibilidade se devia à inexistência de meios diagnósticos precisos quando da edição do código (1940). Invoca a dignidade da pessoa humana, fazendo analogia entre a gravidez nesta circunstância e a tortura. Defende a autonomia de decisão da gestante³³⁵.

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil requereu ingresso no feito como *amicus curiae*, que foi negado pelo Ministro Marco Aurélio, relator, sob o fundamento de evitar-se o tumulto processual. Formulado pedido de reconsideração, o relator manteve o indeferimento. Outras entidades também tiveram seus pedidos de ingresso recusados. O relator, entretanto, determinou a realização de audiência pública, em que foram ouvidas as entidades que manifestaram interesse na questão em julgamento.

A ação teve julgamento de pedido liminar, bem como de incidentes (agravo regimental), que não se revestem de relevância para o escopo deste trabalho. Por isso, passa-se ao breve resumo do acórdão sobre o mérito.

O Ministro Marco Aurélio inicia o seu voto tratando da laicidade do Estado. Tece críticas à manutenção de crucifixos em órgãos públicos e à inserção da expressão “Deus seja louvado” nas cédulas da moeda corrente.

Adota a visão de laicidade (a rigor, entenda-se: laicismo) estatal segundo a qual a religião deve ficar inteiramente afastada dos domínios do Estado, e se impede ao último o endosso de “concepções morais religiosas”³³⁶ – embora, talvez se deva dizer neste ponto, essas concepções morais sejam não-raro parte do patrimônio cultural e cívico da sociedade. Traz à baila, entretanto, a questão da tradução dos argumentos religiosos em jurídicos, como forma de aproveitamento das manifestações das entidades religiosas.

Trata, a seguir, da anencefalia, abordando aspectos tais como a certeza do diagnóstico e sua não-caracterização como deficiência mental. Nega que os anencéfalos tenham direito a vida, por serem inviáveis. Afirma, ainda assim, que o direito a vida não goza de hierarquia sobre outros direitos, razão pela qual se permitem hipóteses de aborto sem pena.

³³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 12 de abril de 2012. Publicado em 30 de abril de 2013. Brasília: DJe-080, 2013. pp. 2-25.

³³⁶ *Ibidem*. p. 1495.

Trata dos riscos à saúde física e psíquica da mulher na gravidez anencefálica, e invoca a autonomia e a privacidade da mulher para a tomada de decisão.

A Ministra Rosa Weber votou a seguir. Nega o *status* de verdade absoluta às ciências (e, no caso, à medicina), demonstrando que o conhecimento jurídico deve ser independente. Ressalta o critério jurídico de morte encefálica como fonte analógica para o exame dos fetos anencéfalos. Recordou o quanto decidido na ADI 3.510, no sentido de que o embrião fecundado *in vitro* não gozava do direito à vida³³⁷. Concorde com o relator quanto ao indicativo de que a previsão da anencefalia como excludente apenas não se concretizou na lei em virtude da falta de condições tecnológicas à época da elaboração do Código.

Nega caráter absoluto à proteção à vida, e, no caso em análise, dá primazia à dignidade, integridade, liberdade e saúde da gestante, no critério da proporcionalidade em sentido estrito, havendo ultrapassado os subprincípios da adequação e da necessidade.

A adequação está presente para os dois pontos de vista. Entender que a interrupção da gravidez em caso de feto anencefálico configura aborto é um meio adequado para proteger a vida do feto. Por outro lado, a garantia da saúde, da integridade física e psíquica e da liberdade da mulher pode ser feita por meio da interrupção da gestação. Em relação à necessidade, só é possível proteger plenamente a vida do feto caso ele esteja protegido também contra a gestante. Por outro lado, não há meio menos gravoso para proteger a saúde, a integridade e a liberdade da gestante do que permitir a interrupção da gestação.³³⁸

O voto do Ministro Joaquim Barbosa segue linha análoga. Segundo o julgador, no conflito entre a vida intrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, deveriam prevalecer os últimos valores jurídicos. Sustenta que o anencéfalo, ainda que biologicamente vivo, está juridicamente morto e, por isso, não tem proteção jurídica. Ressalta, por fim, a segurança diagnóstica, e vota pela procedência da arguição.

O Ministro Luiz Fux defende que, estando diante de um dissenso moral razoável, o tribunal adote decisão com conteúdo minimalista. Afirma haver, no caso, incidência da vedação do excesso, haja vista a desproporcionalidade entre a manutenção da vida efêmera do feto e os abalos que são infligidos à mãe. Afirma, na esteira de Jakobs, ser razoável o

³³⁷ Ibidem. p. 1563.

³³⁸ Ibidem. p. 1582. Note-se que se deu assaz gratuitamente a ideia de que a única forma de proteger a saúde, a integridade e a liberdade da gestante é a interrupção da gravidez – talvez se ignorando a possibilidade de aguardá-la chegar a termo naturalmente, quando todos os danos estariam exauridos.

encurtamento de uma vida para combater dores mais graves.³³⁹ Invoca o princípio da intervenção mínima no direito penal e vota pela procedência da ação.

A Ministra Cármen Lúcia, em seguida, ressalta que a ação não diz respeito à descriminalização do aborto, mas à interpretação da vigente lei acerca do aborto, no caso de anencefalia. Ressalta a necessidade de ponderação de bens. Trata da anencefalia, sua inviabilidade, sua caracterização como natimorto cerebral. Passa, depois, a discorrer sobre a laicidade do Estado, defendendo o afastamento de critérios morais para o julgamento, bem como ressaltando, por meio de citação de outros autores, a crítica à adoção de critérios morais identificados com crenças religiosas nos campos da sexualidade e reprodução.³⁴⁰ Por fim, vota pela procedência da ação.

O Ministro Lewandowski votou pela improcedência da ação. Defende que, caso o legislador desejasse a inclusão da anencefalia entre as excludentes de punibilidade, o teria feito. Invoca a presunção de constitucionalidade das normas, assinalando caber ao Supremo Tribunal Federal apenas o papel de legislador negativo. Ressaltou que a permissão do aborto, no caso, abriria portas para outras hipóteses. Anotou a preocupação quanto ao sofrimento dos fetos, visto que haveria a possibilidade de sentirem dor, nada obstante a ausência parcial do encéfalo. Menciona os projetos de lei então em tramitação no Congresso Nacional acerca do tema. Por fim, vota pela improcedência do pedido.

O Ministro Ayres Britto afirma que não há aborto na antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico, devido à sua inviabilidade. Repisa a questão da analogia com a morte encefálica. Ressalta os aspectos psicológicos para a mãe, e os riscos físicos que, segundo afirma, são mais elevados em gravidez desse jaez. Afirma que a obrigatoriedade de curso da gravidez pode ser equiparada a tortura. Por essas razões, vota pela procedência da arguição.

Em seguida, votou o Ministro Gilmar Mendes. Inicialmente, abordou a ideia de laicidade estatal, defendendo a possibilidade de participação de entidades religiosas na formação do convencimento da corte e das decisões políticas no espaço público. Ressaltou a possibilidade de admissão de amigos da Corte no processo objetivo, lamentando o indeferimento da participação da CNBB e de ONGs no debate; tratou, ainda, da possibilidade de uso de símbolos religiosos que façam parte da tradição nacional – a herança religiosa.

³³⁹ Ibidem. p. 1613.

³⁴⁰ Ibidem. p. 1681.

A seguir, trata do aborto no direito comparado e da anencefalia, distinguindo-a de morte encefálica. Menciona o aborto como dissenso moral razoável, sobre o qual a adjudicação judicial é temerária e pouco recomendada. Entende não ser possível reduzir o caso a fato atípico ou a uma questão de dignidade da mãe, visto que ao feto se reconhece igual dignidade. O julgador então passa a construir, a partir da hipótese de aborto impunível, a anencefalia como terceira hipótese – em interpretação evolutiva da vontade da lei, conjugando o dano à mãe (aborto necessário) com a violação psicológica (aborto sentimental) para entender que, sopesado o elevado grau de certeza de morte do feto, autorizariam a constatação de cláusula supralegal de exclusão de culpabilidade, em vista de omissão legislativa.³⁴¹ Posteriormente, em explicação, o ministro Gilmar Mendes ainda referiu, uma vez mais, sobre a questão da liberdade religiosa e da participação.

O Ministro Celso de Mello voltou ao tema da laicidade estatal, pugnando pela estrita separação das questões morais religiosas e das razões seculares que orientam o julgamento. Faz uso da morte cerebral para fundamentar analogia acerca do anencéfalo, e considerar atípica a interrupção da gestação nestes casos. Tratou, ainda, dos direitos humanos, do movimento feminista e dos direitos da mulher.³⁴²

Finalmente, votou o Presidente, Ministro Cezar Peluso. Inicialmente, traça distinção desta ação em relação àquela em que se discutiu a pesquisa com células-tronco embrionárias, visto que os fetos anencéfalos são capazes de movimento autógeno. Nega a analogia da morte encefálica com o caso. Afirma que a desconsideração da dignidade do feto vai contra a ideia de “um mundo diverso e plural”, e nada difere do racismo. Alerta para o uso da liberdade religiosa, conjugada à autonomia, como argumento para afastar o dever de cumprimento das leis penais.

Afirma a dignidade plena da vida intrauterina, e afirma o risco de abertura hermenêutica, a partir do julgado, para o aborto eugênico. Tratou, ainda, da dificuldade de diagnóstico, e da impropriedade da analogia de fato natural com a tortura. Mencionou a inexistência de agravamento do risco de vida – porque eventual risco de vida seria coberto pelo aborto terapêutico, se fosse o caso. Afirma a competência do Congresso Nacional para legislar sobre a matéria, vedado ao Supremo Tribunal Federal o papel de legislador positivo.

³⁴¹ Ibidem. p. 1759.

³⁴² Ibidem. p. 1818.

Finalmente, refere não constar o aborto da lista de direitos sexuais e reprodutivos da mulher. Com essas razões, vota pela improcedência da ação.

b) A questão da religião na ADPF 54.

A arguição de descumprimento de preceito fundamental em referência, que tratou da impunibilidade do aborto de fetos anencefálicos, reveste-se de algumas peculiaridades em relação às outras ações analisadas.

Em primeiro lugar, salta aos olhos o fato de haver sido recusado o ingresso, como amiga da Corte, da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, além de diversas outras associações. Foi-lhes permitida a participação em audiência pública sobre o tema; porém, é importante ressaltar que a audiência pública acaba por não ter o mesmo alcance do papel dedicado aos *amici curiae*, que podem inclusive fazer sustentação oral na sessão de julgamento.³⁴³

Sob o prisma quantitativo, como nos casos anteriores, as referências diretas à religião não são expressivas, embora haja relativo acréscimo de tópicos a tratar do Estado Laico. O acórdão dá maior destaque a questões como a da morte encefálica como critério para analogia com a anencefalia, os direitos da mulher, o direito à saúde, à liberdade e à dignidade. Essa prevalência pode ser constatada pela nuvem de palavras exposta na figura abaixo.

³⁴³ A matéria foi pacificada por meio da Emenda Regimental n. 15, de 2004. Fonte: <http://www.stf.jus.br/ARQUIVO/NORMA/EMENDAREGIMENTAL015-2004.PDF>. Acesso em 10/3/2015.

busca confinar a religião à esfera privada do indivíduo. Essa linha fica bastante clara nos votos do relator, Ministro Marco Aurélio, e do Ministro Celso de Mello.

Com relação ao relator, a sua manifestação de discordância quanto ao emprego do nome de Deus nas cédulas de moeda, e quanto à manutenção de crucifixos em órgãos públicos, faz-se acompanhar de sua opinião de que “*concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada*”.³⁴⁵

Há evidente confusão no emprego das palavras, talvez para tornar o argumento mais forte. Dois pontos diversos emergem, nesse sentido: em primeiro lugar, a ideia de que as concepções morais religiosas não devam guiar os atos estatais; em segundo, que essas mesmas opiniões devam ficar circunscritas à esfera privada.

Com relação ao primeiro ponto, a ação escolhida (guiar) seguramente não corresponde a pretensão constitucional do direito fundamental à religião. Com efeito, o direito não é guiado pelas concepções morais, mesmo religiosas; entretanto, há influências e irritações recíprocas entre um e outro, e nada impede que o direito corresponda afirmativamente a pretensões de natureza moral – como, por exemplo, alguns impedimentos matrimoniais, a perda do direito de herança, entre muitas outras hipóteses.

Com relação ao segundo ponto, essa visão de confinamento da religião ao espaço privado não responde bem ao perfil constitucional do direito fundamental à religião, e acaba por fomentar uma limitação do direito à religião à sua esfera de defesa (ou negativa), ainda assim restrita em virtude do laicismo estatal.

A mesma posição, contudo, é defendida pelo Ministro Celso de Mello:

(...) no Estado laico, como o é o Estado brasileiro, haverá, sempre, uma clara e precisa demarcação de domínios próprios de atuação e de incidência do poder civil (ou secular) e do poder religioso (ou espiritual), de tal modo que a escolha, ou não, de uma fé religiosa revele-se questão de ordem estritamente privada.³⁴⁶

Mais uma vez, embora de modo mais sutil, surge no conteúdo de alguns votos a crítica à religião como suposto fator de atraso. Estas críticas, como discutido anteriormente,

³⁴⁵ Ibidem. p. 1494.

³⁴⁶ Ibidem. p. 1786.

acabam por desaguar numa redução *apriorística* do valor das razões religiosas face à alegada racionalidade das razões públicas.

O próprio Ministro Celso de Mello formula crítica nesse sentido, usando episódio infeliz da Igreja em um passado já remoto: afirma que não se devem usar razões religiosas “*para não se repetir, uma vez mais, o gravíssimo erro histórico em que incidiu, em 1633, o Tribunal do Santo Ofício, quando constrangeu Galileu Galilei (“eppur si muove!”), sob pena de condenação à morte na fogueira(...)*”.³⁴⁷

De modo análogo, parece fazer invectiva – de modo bem pouco sutil – contra a religião por, supostamente, haver subjugado a mulher³⁴⁸, ao formular elogio do feminismo:

(...) de significar uma decisiva resposta contemporânea aos gestos de profunda hostilidade, que, alimentados por uma irracional sucessão de fundamentalismos - quer os de carácter teológico, quer os de índole política, quer, ainda, os de natureza cultural -, todos eles impregnados da marca da intolerância e que culminaram, em determinada etapa de nosso processo social, por subjugar, injustamente, a mulher, ofendendo-a em sua inalienável dignidade e marginalizando-a em sua posição de pessoa investida de plenos direitos, em condições de igualdade com qualquer representante de gênero distinto.³⁴⁹

Por outro lado, percebe-se, aí mais sutilmente, a crítica à religiosidade e seus valores no voto da Ministra Cármen Lúcia, logo depois de, formulando elogio aos avanços científicos e tecnológicos e antes de mencionar a necessidade de resolver o problema guardando distância de aspectos religiosos ou morais, declarar, por meio de citação, que

as ideias preconcebidas, as racionalizações com base em premissas arbitrárias, a autojustificação frenética, a incapacidade de se autocriticar, os raciocínios paranóicos, a arrogância, a recusa, o desprezo, a fabricação e a condenação de culpados são as causas e as conseqüências das piores incompreensões, oriundas tanto do egocentrismo quanto do etnocentrismo.³⁵⁰

Todas essas críticas parecem sugerir uma suposta superioridade argumentativa – senão moral – das razões públicas, do feminismo e da ciência sobre a religião. Cuida-se, assim, de conteúdo que denota severo afastamento do paradigma constitucional do direito fundamental à religião.

³⁴⁷ Ibidem. p. 1791.

³⁴⁸ Não haveria condições para refutar essa consideração, em vista das limitações deste trabalho. Contudo, desde logo se deve alertar para a enorme ampliação da participação social e o destaque espiritual dados pela Igreja à mulher – representada na imagem da Virgem Maria.

³⁴⁹ Ibidem. p. 1772.

³⁵⁰ Ibidem. p. 1685.

Por outro lado, verifica-se em certa ocasião, no denso voto do Ministro Celso de Mello, que não há qualquer esforço para a leitura das razões alinhavadas pelas entidades religiosas – seja por meio das razões religiosas, seja por sua tradução – e sua consideração na fundamentação do julgamento:

O único critério a ser utilizado, portanto, na solução da controvérsia ora em exame é aquele que se fundamenta nos textos da Constituição, dos tratados e convenções internacionais e das leis da República e que se revela informado por razões de caráter eminentemente social e de natureza pública, em ordem a viabilizar, em favor da mulher e do profissional da área da saúde, a prática da interrupção do processo fisiológico de gestação de feto acometido de anencefalia(...)³⁵¹

Perceba-se, no caso, que há um salto lógico entre a premissa (utilização de critérios de razão pública) e a solução (permissão do aborto), que não vem preenchido pelas necessárias justificações, como se o único empecilho para a conclusão fosse razão confessional. Cuida-se, uma vez mais, de um preconceito velado contra a ideia com origens religiosas – ainda quando expostas sob a forma de razões públicas.

³⁵¹ Ibidem. p. 1790

CONCLUSÃO

Chega-se, assim, ao capítulo final desta dissertação.

No presente trabalho, buscou-se debater o papel que o direito fundamental à religião ocupa na ordem jurídica do Brasil, de que modo o fenômeno religioso é compreendido pelo direito e, ainda, qual a prática do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

A religiosidade tem uma relevância que não pode ser ignorada. Há um enorme percurso histórico desde a piedade virgiliana e o evento místico³⁵² de fundação da nação portuguesa em Ourique até o Brasil dos dias atuais; nesse percurso, contudo, a presença da fé ajuda a definir quem somos como povo – um dos elementos analíticos do Estado segundo a ciência política.

Em vão foi a tentativa – primeiro, intelectual; depois, violenta – da modernidade de destruir a religião, ou de convertê-la em uma prática civil, não espiritual. A ilusão da marcha inevitável rumo ao progresso, o positivismo, o cientificismo, o marxismo, entre tantos outros *-ismos*, morreram acompanhados das vítimas dos horrores do século XX³⁵³. A banalidade do mal – de que tratou Hannah Arendt – demonstrou ao mundo que, uma vez mais, era preciso apelar a valores universais – como se fez com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A Grande Guerra destruiu o otimismo simplista de que o progresso rumo a um paraíso na Terra fosse inevitável ou mesmo possível. Os povos mais civilizados provaram-se capazes do mais horripilante em violência organizada. Então vieram o comunismo e o nazismo, que destruíram marcas de milhões de vidas, de um modo que apenas poucas décadas antes pareceria inconcebível. Muitos dos desastres do Século XX poderiam ser caracterizados como revoltas contra a própria civilização: a Revolução Cultural na China, por exemplo, ou o Khmer Vermelho no Camboja. Apenas há dez anos, em Ruanda, milhares de pessoas comuns foram transformadas em assassinos impiedosos por apelos demagógicos transmitidos pelo rádio. Atingiram uma ‘taxa de abate’ com seus facões nunca igualada, nem mesmo pelos nazistas com suas câmaras de gás. Quem, agora, apostaria pesado contra a hipótese de que tais coisas venham a acontecer novamente em algum lugar do mundo?³⁵⁴

³⁵² Pode o leitor cético replicar: “mítico”. Não disputo. Em todo caso, o valor religioso define os contornos da história, falsa ou verdadeira, e prova o ponto que se pretende demonstrar: que é a religião uma das fundadoras da cultura brasileira.

³⁵³ Alguns ‘cadáveres’ intelectuais ainda tentam ressurgir aqui e ali, como farsa da primeira tragédia.

³⁵⁴ DALRYMPLE, Theodore. Op. cit. pos. 164.

Nesse mundo dilacerado pelas dúvidas e incertezas, cuja inocência foi definitivamente rompida, o fenômeno religioso continua a ser um norte para o caminho no sentido da pacificação e da comunhão de valores necessários à convivência social.

Se ela fosse um erro, pareceria que esse erro mal teria durado um dia. Se fosse um mero êxtase, pareceria que esse êxtase não poderia durar uma hora. Durou por quase dois mil anos; e em seu seio o mundo tem sido mais lúcido, mais equilibrado, mais racional em suas esperanças, mas sadio em seus instintos, mais sereno e alegre diante do destino e da morte do que todo mundo de fora. Pois foi a alma da cristandade que nasceu daquele incrível Cristo: e essa alma era o bom senso.³⁵⁵

A Carta Constitucional de 1988 não trata o fenômeno religioso como um mal tolerável, mas como bem jurídico a ser preservado. Tanto é assim que, para além de proteger a liberdade de religião e de opinião, oferece prestações jurídicas e materiais vinculadas à religião: protege o culto; concede imunidade tributária; oferece ensino religioso; dá assistência aos presos e aos internados em ambientes coletivos (donde se extrai a assistência aos militares); reconhece o casamento religioso.

Deveras, são diversos preceitos constitucionais de concessão de direitos fundamentais relativos à religião, que devem ser considerados também em sua dimensão objetiva.

Garvey já havia demonstrado, no contexto norte-americano, que o direito constitucional, em algumas hipóteses, põe em pé de igualdade crentes e não crentes, enquanto em outras dá vantagens aos crentes (como na hipótese de objeção de consciência), o que revelaria que a religião é vista como um bem e, portanto, a fundamentação adequada para a liberdade religiosa não é a liberal, mas a histórica e social³⁵⁶. O argumento é perfeitamente válido para o nosso País.

Em reforço, como se disse alhures – e se buscou demonstrar no capítulo inicial desta dissertação –, o Estado Constitucional repousa sobre uma matriz cristã, cujas origens são claramente definidas no tempo e no espaço. Assim, a proteção à religiosidade não é uma

³⁵⁵ CHESTERTON, Gilbert Keith. **O homem eterno**. São Paulo: Mundo Cristão, 2010. Ebook Kindle. pos. 4519.

³⁵⁶ GARVEY, John. Op. cit. pp. 55-56.

hipótese descolada do senso histórico do constitucionalismo, mas bem ancorada na própria raiz do nosso sistema jurídico.³⁵⁷

Com recurso, pois, às ideias de multifuncionalidade dos direitos fundamentais, de dimensão objetiva dos mesmos direitos, e do valor social do fenômeno religioso, buscou-se aqui delinear melhor os contornos do direito fundamental à religião – entendido como um feixe de liberdades, direitos e garantias constitucionais, individuais e coletivos, vinculados à religiosidade – na Constituição de 1988.

Entende-se que, nesta categoria, podem ser identificados três eixos de proteção constitucional: o das liberdades referentes à religião; o de prestações jurídicas e materiais destinadas à religiosidade; e o da atribuição de valor à religiosidade e às religiões como Instituições relevantes à sociedade e à sua organização.

Essa compreensão do direito fundamental à religião dá sentido sistemático e integral aos direitos relativos à religiosidade assegurados no ordenamento jurídico e, adicionalmente, melhor integra o fenômeno religioso no plano jurídico, atribuindo-lhe a relevância e o valor adequados em função de sua participação na sociedade, na cultura e nos valores civilizatórios.

Passou-se, a seguir, à fase empírica do trabalho, realizada mediante a análise de julgados, conforme os critérios já descritos. Essencialmente, esta etapa do trabalho teve por escopo compreender em que medida o direito fundamental à religião é compreendido e aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, e qual a visão da Corte sobre o papel da religião na sociedade e no Estado.

Os julgados foram selecionados a partir de critérios objetivos; são, independentemente disso, os mais emblemáticos para a temática que se está discutindo. Com efeito, o objeto desses julgamentos está de tal modo relacionado com certos valores religiosos – especialmente da religião católica, eleita para a comparação em função da necessidade do recorte metodológico – que talvez não seja exagerado dizer que a sua decisão dá indícios do quanto das raízes cristãs da cultura ainda é considerado pela ordem jurídica.

A verificação dos casos selecionados do Supremo Tribunal Federal permite responder, ao menos transitoriamente, algumas das questões que estavam por formular.

³⁵⁷ MACHADO, Jónatas E. M. Op. cit. p. 139.

Com efeito, viu-se que, em todos os casos, as questões da liberdade religiosa e da laicidade do Estado não ocupam o espaço proeminente do debate, mas são costumeiramente inseridas como argumento lateral. Esse ponto resta bastante demonstrado pelas avaliações quantitativas e pelas nuvens de palavras, que revelam que os aspectos relacionados à religiosidade não se encontram entre as palavras-chave mais mencionadas.

Por outro lado, os três julgamentos em questão demarcam claramente uma tendência – embora ainda não definitivamente sedimentada – com relação à compreensão do Supremo Tribunal Federal acerca da separação entre Igreja e Estado.

Deveras, os três casos trataram de assuntos de grande repercussão social e que diziam respeito a dissensos morais – tanto que, em todos eles, o Congresso Nacional não havia feito ou modificado legislação sobre o tema.³⁵⁸

Essa ausência de destaque às questões relativas à religião já serve como indício acerca da compreensão da maior parte da Corte sobre o tema. O assunto resta menos discutido – parece justo inferi-lo – porque não se identifica, ao menos na intensidade que pareceria adequada à formulação constitucional, a religião como um bem jurídico e vetor interpretativo para questões constitucionais de dissenso moral.

Reforça-se essa inferência pela constante presença de dois elementos de discurso – às vezes mais ostensivos e às vezes velados ou sutis – que reduzem a compreensão dos direitos da religião.

De um lado, um discurso afinado com a separação rigorosa entre religião e esfera pública, e seu confinamento para o espaço privado do indivíduo. Há uma desvalorização do aspecto social e axiológico da religião.

De outro lado, o discurso hostil, herdeiro da tradição do mito do Iluminismo – ou seja, a comunicação que busca relativizar e diminuir o valor da razão religiosa face à hegemonia da razão pública ou científica, acompanhada da qualificação das posições religiosas como preconceito, obscurantismo, superstição, etc.

Consequência desse modelo é que o discurso religioso e as razões da considerável parcela (majoritária) crente da população acabam por ser, ainda que parcialmente, alijadas da

³⁵⁸ Esse é um argumento que, embora possa ser válido, deve ser manejado com bastante cautela. O silêncio do Parlamento nem sempre deve ser interpretado como dúvida ou dissenso das forças políticas. Por vezes, trata-se de uma eloquente resposta negativa às pretensões de modificação das leis.

possibilidade de participação e de serem incluídas no processo decisório, já que este processo as desvaloriza, intencionalmente ou não.

Assim, o Supremo Tribunal Federal acaba por não atentar ao direito fundamental à religião, em seu feixe relativo à participação e à valorização da religiosidade como bem jurídico e como Instituição social.

A Corte, ressalvadas opiniões minoritárias em julgamentos distintos, adotou conceitos como: a) “muro de separação” entre Igreja e Estado; b) caráter estritamente privado das razões religiosas, e sua necessidade de confinamento ao âmbito pessoal; c) religião como visão de mundo inferior à ciência e à razão pública, responsável por vícios como o preconceito, a superstição, a ignorância, entre outros.

Ocorre, ainda, um curioso fenômeno de dar resposta a interlocutores (ou a interlocuções) que jamais participaram formalmente do debate. Assim é que, no caso das células-tronco, nada obstante a Conferência Nacional dos Bispos (única entidade religiosa como *amica curiae*) tenha se valido exclusivamente de argumentos jurídicos e relativos à ciência biológica, alguns dos votos fizeram questão de frisar os aspectos acima referidos sobre a religião, como se estivessem a responder, politicamente, a um ator oculto. Essa ocorrência somente pode reconduzir a uma espécie de formulação *apriorística* contrária à religião – que se dispensa mesmo de ouvir os argumentos antes de criticá-los em bloco, unicamente em função de sua origem.

Finalmente, quando a Corte considera a religião, atribui peso maior, e quase que exclusivo, ressalvadas as poucas vozes divergentes, ao seu aspecto negativo, ou de defesa.

As palavras têm sentido. A consagração de tão vasto cabedal de liberdades, de prestações e de garantias institucionais à prática da religião pela Constituição de 1988; a consideração da formação de nossas raízes culturais; a própria teoria dos direitos fundamentais, que consagra a sua dimensão objetiva; enfim, tudo isso não se coaduna com uma visão reducionista da razão, que se opõe *aprioristicamente* ao religioso, antes mesmo de examinar seus fundamentos.

O direito fundamental à religião, adequadamente compreendido à luz da teoria dos direitos fundamentais e do próprio texto constitucional, não tem encontrado ressonância justa na atividade de controle de constitucionalidade desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal. Essa constatação não é banal, e dá indícios de que se esteja a inaugurar um modelo

laicista de atuação do Poder Público no País (essa conclusão, porém, não pode ser afirmada, dadas as restrições de escopo do trabalho apresentado)³⁵⁹.

Este trabalho teve por finalidade refletir acerca das relações entre religião, sociedade e Estado no Brasil. O resultado desta reflexão desperta, inevitavelmente, um desconforto, associado à preocupação com os rumos da compreensão da laicidade no País.

Em relevante livro-entrevista, o Papa Bento XVI afirma:

Vimos que o progresso aumentou as nossas capacidades, mas não a nossa grandeza e potência moral e humana. Por meio das grandes angústias de nosso tempo, reconhecemos sempre mais a necessidade de reencontrar um equilíbrio interior, compreendemos que temos necessidade também de um crescimento espiritual. Mesmo nos muitos encontros com os Chefes das nações tenho percebido uma forte consciência do fato de que sem a autoridade religiosa o mundo não pode funcionar.³⁶⁰

A separação entre Igreja e Estado é um bem, cuja necessidade já foi demonstrada ao longo da história. Contudo, a hostilidade ou a concessão de tratamento inferior à religião, informal ou institucionalizado no Estado, constituem, de fato, uma forma de antirreligião estatal, com sinais trocados, que viola os direitos da maior parte da população, formada majoritariamente de crentes.

Urge, portanto, retomar um percurso constitucionalmente adequado de proteção ao direito fundamental à religião, ancorado na ideia de que o Estado, embora neutro – e, talvez, justamente em função disso – não pode competir contra a Fé, tratando com menoscabo suas razões, nem buscar diminuir-lhe o valor na sociedade.

³⁵⁹ Em reforço, mencione-se a existência de diversos casos de atuação do Poder Público em esferas diversas, que não puderam ser examinados nesta dissertação, e que aparentam caminhar no mesmo sentido: a retirada de crucifixos de prédios da Justiça gaúcha, a apreensão de panfletos religiosos em período eleitoral na diocese de Guarulhos; a inserção da ideologia de gênero e de outros temas contrários à doutrina religiosa em atos do Poder Executivo, especialmente no campo da educação. Todas essas questões mereceriam detida análise, a fim de se poder alcançar uma conclusão mais ampla acerca do *status* atual da relação entre Estado e religião no Brasil.

³⁶⁰ PAPA BENTO XVI. Op. cit. p. 193. Tradução livre do original: *Abbiamo visto che il progresso ha aumentato le nostre capacità, ma non la nostra grandezza e potenza morale e umana. Per mezzo dei grandi travagli del nostro tempo riconosciamo sempre più la necessità di ritrovare un equilibrio interiore, comprendiamo che abbiamo bisogno anche di una crescita spirituale. Anche nei tanti incontri con i Capi delle nazioni ho percepito una forte coscienza del fatto che senza l'autorità religiosa il mondo non può funzionare.*

REFERÊNCIAS

- ALBERTUNI, Carlos Alberto. **O conceito de sindérese na moral de Tomás de Aquino.** Tese de Doutorado apresentada perante a Universidade Estadual de Campinas. Orientador Professor Doutor Carlos Arthur Ribeiro do Nascimento. Campinas, 2006. Disponível em <http://www.bibliotecadigital.unicamp.br/document/?code=vtls000379227>. Acesso em 15 de abril de 2014.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ALVAREZ, Alejandro Montiel. **O direito entre a ética e a política: perspectiva aristotélica.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2012.
- ARENDT, Hannah. **A vida do espírito.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.
- AUBERT, Jean-Marie. *A pedagogia divina pela lei.* IN: TOMÁS DE AQUINO, Sto. **Suma Teológica.** Vol. IV. Iª-IIª^{ac}, qq. 90-97. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** 12ª ed. ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** São Paulo: Saraiva, 2009.
- BELLOC, Hilaire. **As grandes heresias.** Rio de Janeiro: Permanência, 2009.
- BERGER, Peter. **Perspectivas sociológicas: uma visão humanística.** 23ª ed. Petrópolis: Vozes, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.* IN: MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártires. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais.** Brasília: Brasília Jurídica, IDP, 2000.

BRASIL. **Código Criminal do Império do Brasil**. Lei de 16 de dezembro de 1830. CLBR DE 1830, p. 142, v. 1 pt. 1.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. DOU de 5 de outubro de 1988. p. 1. Brasília: 1988.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Diário Oficial de 19 de setembro de 1946, p. 1.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Coleção das Leis do Império do Brasil de 1824. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1886. p. 7.

BRASIL. DIRETORIA GERAL DE ESTATÍSTICA. Recenseamento Geral do Império de 1872. Rio de Janeiro, 1876. Disponível em <https://archive.org/details/recenseamento1872bras>. Acesso em 1º de fevereiro de 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.475, de 22 de julho de 1997**. Diário Oficial da União de 23/7/1997, Seção 1, p. 15824. Brasília, 1997.

BRASIL. SENADO FEDERAL. **Atas do Conselho de Estado**. Terceiro Conselho de Estado – 1875 a 1880. Disponível em http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/asp/AT_AtasDoConselhoDeEstado.asp. Acesso em 1º de fevereiro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.510**. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Julgado em 29 de maio de 2008. Publicado em 28 de maio de 2010. Brasília: DJe-096, 2010. Disponível em: www.stf.jus.br Acesso em 5/3/2015, às 20h.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Ayres Britto. Julgado em 5/5/2011. Publicado em 14/10/2011. Brasília: DJe-198, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54**. Tribunal Pleno. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 12 de abril de 2012. Publicado em 30 de abril de 2013. Brasília: DJe-080, 2013.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança n. 1114/49 – DF.** Julgado em 17/11/1949. Brasília: DJ de 26/1/1950, p. 878.

BÜSCHEL, Inês do Amaral. *Direito à Assistência Religiosa*. In: **Última Instância** (sítio da internet). Disponível em <http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/artigos/4535/direito+a+assistencia+religiosa.shtml>. Acesso em 3 de fevereiro de 2015.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CARDEAL PIE. *A intolerância católica** (sermão pregado na Catedral de Chartres em 1841). **MONTFORT Associação Cultural**. Disponível em <http://www.montfort.org.br/index.php?secao=veritas&subsecao=religiao&artigo=intolerancia&lang=bra>. Acesso em 15/1/2015.

CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. *A construção do saber científico: algumas posições*. In: CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de (org.). **Construindo o saber: Metodologia Científica - fundamentos e técnicas**. Campinas: Papyrus, 1994.

CHESTERTON, Gilbert Keith. **O homem eterno**. São Paulo: Mundo Cristão, 2010. Ebook Kindle.

CRUZ, Juan Cruz. **Filosofia da História**. Tradução de Fernando Marquezini. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia e Ciência – Raimundo Lúlio, 2007.

DAHER, Andréa. *Escrita e conversão: a gramática tupi e os catecismos bilíngües no Brasil do século XVI*. In: **Revista Brasileira de Educação**. São Paulo: Anped, Mai/Jun/Jul/Ago, 1998, n° 8, pp. 31-43. Acesso *on line* em 1° de fevereiro de 2015. Disponível em http://www.ifcs.ufri.br/~ppghis/pdf/daher_escrita_e_conversao.pdf.

DALRYMPLE, Theodore. **Our culture, what's left of it**. Londres: Monday Books, 2010. Ebook Kindle.

DEL RÍO, Isaiás Díez. La religión em Voltaire. **Anuario Jurídico y Económico Escurialense**, XLIV (2011), pp. 491-536.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. 2ª ed. 3ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DESLANDES, Suely Ferreira. *O projeto de pesquisa como exercício científico e artesanato intelectual*. In: DESLANDES, Suely Ferreira. GOMES, Romeu. MINAYO, Maria Cecília de Souza(org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.

DOEHRING, Karl. **Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

DORNAS FILHO, João. **O padroado e a Igreja brasileira**. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1938.

ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Liberdade de Expressão e Comunicação: teoria e proteção constitucional**. Tese de doutorado apresentada perante a Universidade Federal de Santa Catarina. Orientador: Professor Doutor Silvio Dobrowolski. Florianópolis, 2001.

FEDELI, Orlando. **A Cidade do Homem contra a Cidade de Deus - As Revoluções da Modernidade**. MONTFORT Associação Cultural. Disponível em http://www.montfort.org.br/old/index.php?secao=cadernos&subsecao=religiao&artigo=tres_revolucoes&lang=bra. Acesso em 16/1/2015.

FEDELI, Orlando. **As três revoluções na Arte**. Montfort Associação Cultural. Disponível em <http://www.montfort.org.br/old/index.php?secao=cadernos&subsecao=arte&artigo=3revolucoes&lang=bra>. Acesso em 15/1/2015.

FEDELI, Orlando. **Constituição Civil do Clero: a revolução dentro da Igreja**. MONTFORT Associação Cultural. Disponível em http://www.montfort.org.br/old/index.php?secao=veritas&subsecao=historia&artigo=constituicao_civil&lang=bra. Acesso em 15/1/2015.

FERRAZ, Tércio Sampaio, Jr. **A ciência do Direito**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FILGUEIRAS, André (et al.). **A revolução francesa e a Religião Católica**. Núcleo de Estudos Contemporâneos. Faculdade de História da Universidade Federal Fluminense.

Disponível em <http://www.historia.uff.br/nec/revolucao-francesa-e-religiao-catolica>. Acesso em 15/1/2015.

FRANÇA. ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE. **Constituição Civil do Clero, de 12 de junho de 1790**. Tradução de Luiz Arnaut. Departamento de História da UFMG. Disponível em <http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/civilclero.pdf>. Acesso em 15/1/2015.

Fuero Juzgo, Libro Segundo, Título I, Ley XXVIII. Disponível em: <http://fondosdigitales.us.es/fondos/libros/1760/154/leyes-del-fuero-juzgo-o-recopilacion-de-las-leyes-de-los-wisi-godos-espanoles-titulada-primeramente-liber-judicumdespues-forum-judicum-y-ultimamente-fuero-juzgo/>. Acesso em 1º de fevereiro de 2015. p. 154.

FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denis. **A Cidade Antiga**. São Paulo: EBooksBrasil, 2006. 774 p. Disponível em www.ebooksbrasil.org. Acesso em 15 de janeiro de 2015.

GARVEY, John H. **What are freedoms for?** Boston: Harvard University Press, 1996.

GHERARDINI, Brunero. **Concílio Ecumênico Vaticano II: um debate a ser feito**. Brasília: Pinus, 2011.

GILSON, Étienne. **O Espírito da Filosofia Medieval**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GOMES, Leidejane Araújo. *Casamento em recesso? O Jornal Correio da Semana e a sua luta contra o divórcio*. ANPUH – XXV SIMPÓSIO NACIONAL DE HISTÓRIA. Fortaleza, 2009. Disponível em: <http://anpuh.org/anais/wp-content/uploads/mp/pdf/ANPUH.S25.1155.pdf>. Acesso em 2 de fevereiro de 2015.

H. R. LOYN (org.). **Dicionário da Idade Média**. Rio de Janeiro: Jorge Hazar, 1997.

HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. **Dialética da Secularização: sobre razão e religião**. 3. ed. São Paulo: Ideias & Letras, 2007.

HABERMAS, Jürgen; TAYLOR, Charles. Dialogue. In: BUTLER, Judith [et al.]. **The Power of Religion in the Public Sphere**. New York: Columbia University Press, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva – IDP, 2009.

JAPIASSU, Hilton. **O mito da neutralidade científica**. Rio de Janeiro: Imago Editora, 1975.

JELLINEK, Georg. **Sistema dei Diritti Pubblici Subbiettivi**. Trad. da 2ª edição alemã. Milão: Società Editrici Libreria, 1912.

JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Buenos Aires: Editorial Albatroz, 1973.

KANT, Immanuel. **Resposta a pergunta: Que é esclarecimento? Textos Seletos**. Tradução Floriano de Sousa Fernandes. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

KERLINGER, Fred N. *Problemas, Hipóteses e variáveis*. In: KERLINGER, Fred. N., **Metodologia da pesquisa em ciências sociais: um tratamento conceitual**. Tradução: Helena Mendes ROTUNDO. São Paulo: EPU, 1980.

KERN, Soeren. **Zonas Proibidas na Europa: Realidade ou Ficção?** Gatestone Institute. Disponível em <http://pt.gatestoneinstitute.org/5143/franca-zonas-proibidas>. Acesso em 20/1/2015.

KLEIN, Joel Thiago. A resposta kantiana à pergunta: o que é o Esclarecimento? In: **ethic@**, vol. 8, n. 2, pp. 211-227. Florianópolis: 2009.

KREEFT, Peter. **Kant: a verdade subjetiva**. Quadrante (portal da *internet*). Disponível em http://www.quadrante.com.br/artigos_detalhes.asp?id=209&cat=9. Acesso em 20/1/2015.

LAZZARI JR., Julio Cezar. A religião racionalista de Voltaire. **151 Kínesis, Vol. IV, nº 08**, Dezembro 2012, p. 147-164. Marília - SP: 2012.

LE FORT, Gertrud von. **A última ao cadafalso**. Tradução de Roberto Furquim. Petrópolis: Vozes, 1988.

LE GOFF, Jacques. **As raízes medievais da Europa**. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

LIMA, Alceu Amoroso de. **Introdução ao Direito Moderno**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, Loyola, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Regla y Compas, o metodologia para un trabajo jurídico sensato*. In: COURTIS, Christian. **Observar la ley: Ensayos sobre metodologia de la investigacion jurídica**. Madrid: Trotta, 2009.

MACEDO, Dimas. *Formação do Poder Constituinte*. IN: BONAVIDES, Paulo (dir.). **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. N. 2. Jul/dez 2003. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MACHADO, Jónatas E. M. **Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MARQUES JR., Milton. *Honra, Glória, Destino e Piedade: introdução à épica clássica*. In: **Graphos**. João Pessoa, v. 9, n. 2, 2007.

MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Direitos Fundamentais*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (et al.) (coord.). **Tratado de Direito Constitucional**. v. 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MATALLO, Heitor, Jr. *A problemática do conhecimento*. In: CARVALHO, Maria Cecilia Maringoni de. **Construindo o saber: Metodologia Científica - fundamentos e técnicas**. Campinas: Papyrus Editora, 1994 (pp. 13-29).

MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. SORIANO, Aldir Guedes. *Duas Palavras*. In: MAZUOLLI, Valerio de Oliveira. SORIANO, Aldir Guedes (coord.). **Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, IDP, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MOREIRA ALVES, José Carlos. **Direito Romano**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

NETO, Jayme Weingartner. *Comentário ao Artigo 5º, incs. VI, VII e VIII*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al (coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1ª ed. 6ª tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. pp. 267-268.

OLIVEIRA, Patrícia Elias Cozzolino. **A Proteção Constitucional do Direito à Liberdade de Religião**. São Paulo: Verbatim, 2010.

PAPA BENTO XVI. **Luce del mondo: il Papa, la Chiesa e i segni dei tempi: una conversazione con Peter Seewald**. Cidade do Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, 2010.

PAPA JOÃO PAULO II. **Memória e Identidade**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2005.

PAPA JOÃO XXII. Bula *Ad Ea Ex Quibus*, de Sua Santidade o Papa João XXII. In: Comissão Executiva das Comemorações do V Centenário da Morte do Infante d. Henrique. **Monumenta Henricina**. Volume I. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1960. p. 110.

PAPA PIO IX. Concílio Vaticano I. **Constituição Dogmática Pastor Aeternus**, de 18 de julho de 1870. Denzinger-Hünemann 3050-3075.

PAPA PIO IX. **Encíclica Quanta Cura**, de 8 de dezembro de 1864. Disponível em <http://www.filosofia.org/mfa/far864a.htm>. Acesso em 16/1/2015.

POPPER, Karl. **O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade**. Lisboa: Edições 70, 1996.

PORTO, Walter Costa. *Católicos e Acatólicos: o voto no Império*. In: **Revista On-Line Liberdade e Cidadania**. Ano II - n. 5 - julho / setembro, 2009. Disponível em <http://www.flc.org.br/>. Acesso em 1º de fevereiro de 2015.

RATZINGER, Joseph. **Homilia na SANTA MISSA «PRO ELIGENDO ROMANO PONTIFICE»**. Vaticano, 18 de abril de 2005. Disponível em http://www.vatican.va/gpII/documents/homily-pro-eligendo-pontifice_20050418_po.html. Acesso em 10 de fevereiro de 2015.

RAWLS, John. **Justiça como equidade: uma reformulação**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

- RIVAUX, Pe. **Tratado de história eclesiástica**. Vol. I. Brasília: Pinus, 2011.
- RIVAUX, Pe. **Tratado de História Eclesiástica**. Vol. II. Brasília: Pinus, 2011.
- ROCCELLA, Eugenia. SCARAFFIA, Lucetta. **Contra o cristianismo: a ONU e a União Europeia como nova ideologia**. Campinas: Ecclesiae, 2014.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. **O contrato social: princípios do direito político**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- SÃO PAULO. Epístola aos Efésios, IV, 5. In: **Bíblia de Jerusalém**. São Paulo: Paulus, 2002.
- SÃO PAULO. Epístola aos Romanos, X, 12. In: **Bíblia de Jerusalém**. São Paulo: Paulus, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SARMENTO, Daniel. *Representação ao Procurador-Geral da República*. In: BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Ministério Público em Defesa do Estado Laico**. Vol. 2. Brasília: CNMP, 2014.
- SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- SCHIOPPA, Antonio Padoa. **História do Direito na Europa: da idade média à idade contemporânea**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.
- SECHER, Reynald. **A french genocide: the Vendée**. Notre Dame, IN: University of Notre Dame Press, 2003. 305 p.
- SEGADO, Francisco. Fernández. *La sentencia Marbury v. Madison*. **Revista de Las Cortes Generales**. v. 83. pp. 7-133. Segundo quadrimestre de 2011.
- SILVA, D. P. da. *As perseguições aos cristãos no Império Romano (séc. I-IV): dois modelos de apreensão*. **Revista Jesus Histórico**, v. 7, p. 29-44, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Ponto Final: Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé (V)*. In: **Correio Braziliense**. Brasília, 10/5/2010.

SPROVIERO, Mario Bruno. *A verdade e a evidência – estudo introdutório*. IN: TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Verdade e Conhecimento**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

TAYLOR, Charles. Why we need a radical redefinition of secularism. In: BUTLER, Judith [et al.]. **The Power of Religion in the Public Sphere**. New York: Columbia University Press, 2011.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Do governo dos príncipes ao Rei de Cipro (De regimine principum)*. IN: SANTOS, Arlindo Veiga dos (org.). **Filosofia política de Sto. Tomás de Aquino**. 3ª ed. São Paulo: José Bushatsky Editor, 1955.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Suma Teológica**. Vol. II. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Suma Teológica**. Vol. IV. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Suma Teológica**. Vol V. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Verdade e conhecimento**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

VALADÉS, Diego (org.). **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. São Paulo: Saraiva, IDP, 2009.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito: Definições e fins do direito: Os meios do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

VIRGÍLIO. **Enéida**. Tradução de Odorico Mendes. Cotia, SP: Ateliê Editorial, 2005.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WILTGEN, Ralph. **O Reno se lança no Tibre: o concílio desconhecido**. Niterói: Permanência, 2007.

WOODS JR., Thomas E. **Como a Igreja Católica construiu a civilização ocidental**. São Paulo: Quadrante, 2008.

XIMENES, Julia Maurmann. LEVANTAMENTO DE DADOS NA PESQUISA EM DIREITO – a técnica da análise de conteúdo. In: Vladmir Oliveira da Silveira. (Org.). **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI** Tema: "A Ordem Jurídica Justa: um diálogo Euroamericano. 1 ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, v. 1, p. 7608-7622.

XIMENES, Julia Maurmann. **O Comunitarismo e Dinâmica do Controle Concentrado de Constitucionalidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ZILLES, Urbano. A crítica da religião na modernidade. In: **Interações – Cultura e Comunidade**, v.3, n.4, pp. 37-54. Belo Horizonte: 2008.