

UNIVERSIDADE METODISTA DE PIRACICABA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

MAURICIO MUELAS EVANGELISTA CASADO

LIBERDADE RELIGIOSA: GARANTIAS E LIMITES CONSTITUCIONAIS

PIRACICABA- SÃO PAULO

2017

MAURICIO MUELAS EVANGELISTA CASADO

LIBERDADE RELIGIOSA: GARANTIAS E LIMITES CONSTITUCIONAIS

Dissertação submetida à Universidade Metodista de Piracicaba como condição parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez.

PIRACICABA - SÃO PAULO

2017

Ficha Catalográfica elaborada pelo Sistema de Bibliotecas da UNIMEP
Bibliotecária: Juliete Susann Ferreira de Souza CRB-8/9843

C334I	<p>Casado, Mauricio Muelas Evangelista</p> <p>Liberdade religiosa : garantias e limites constitucionais. – 2017. 128 f. : il. ; 30 cm.</p> <p>Orientador: Prof. Dr. Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez. Dissertação (mestrado) – Universidade Metodista de Piracicaba, Direito, Piracicaba, 2017.</p> <p>1. Liberdade religiosa. 2. Direito constitucional. I. Gonzalez, Everaldo Tadeu Quilici. II. Título.</p> <p>CDU – 342.731</p>
-------	--

MAURICIO MUELAS EVANGELISTA CASADO

LIBERDADE RELIGIOSA: GARANTIAS E LIMITES CONSTITUCIONAIS

Esta dissertação foi julgada adequada para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba, na área de concentração “Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos”.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez

Universidade Metodista de Piracicaba

Prof(a). Dr(a). Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis

Universidade Metodista de Piracicaba

Prof. Dr. Josias Jacintho Bittencourt

Centro Universitário Adventista de São Paulo

PIRACICABA, 23 de FEVEREIRO de 2017.

Só se pode alcançar um grande êxito quando nos mantemos fiéis a nós mesmos.

Friedrich Nietzsche

Dedico o presente trabalho à minha família, base de tudo, especialmente a minha amada esposa Fernanda, e ao meu filho Lorenzo que nasceu durante o curso de mestrado e me ensinou o verdadeiro sentido da palavra amor!

AGRADECIMENTOS

Os meus sinceros agradecimentos ao meu professor orientador Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez que, além da paciência demonstrada no longo da orientação, com paixão compartilhou sua sapiência nas suas aulas de filosofia do direito, despertando curiosidade e vontade de estudar profundamente os grandes pensadores estudados ao longo do curso.

Aos demais professores que tive a honra de ser aluno durante o curso de mestrado, quais compartilharam mais que conhecimento, mas também histórias de vida, que servirão de inspiração por nossa trajetória à ser seguida.

A minha esposa Fernanda, que meu deu todo apoio e suporte ao longo do curso de mestrado, compreendendo minhas ausências em prol dos estudos e pesquisa, seja em casa ou no trabalho, me ajudando na realização de um sonho.

À toda minha família, principalmente meus pais, Antônio e Eglenisa, que sempre me apoiaram durante a graduação, oportunidade que foi semeado a vontade de cursar o mestrado.

Agradecimento aos colegas do curso do mestrado, que com muito companheirismo, oportunizaram uma agradável convivência que fez com que o período do curso passasse mais rápido, além das amizades que ficarão para toda a vida.

Aos funcionários da secretaria do mestrado da UNIMEP, especialmente Sueli Catarina Verdicchio Quilles, sempre solicita ao auxiliar nas questões surgidas durante o curso, tirando dúvidas, e facilitando a vida do mestrando da melhor forma possível.

Obrigado, sobretudo, à Deus, que me oportunizou a realização de mais este sonho.

RESUMO

O presente trabalho traz um estudo histórico da liberdade religiosa desde os antecedentes históricos no direito comparado e no Brasil, tudo sob um viés constitucional; assim, passamos pelo período pré-colonial e colonial, pelo descobrimento do Brasil, as Constituições do Império e das Repúblicas, até estacionarmos na Constituição de 1988. Mais especificamente, o tema foi analisado sob o olhar dos direitos e deveres fundamentais, individuais e coletivos. Definindo o conceito de liberdade e igualdade, adentramos nas vertentes da liberdade em estudo: liberdade de crença, de consciência, pensamento religioso, liberdade de culto e organização religiosa. Abrindo a discussão trouxemos questões controversas à respeito da separação entre Estado e Igreja, a Laicidade adotada pelo Estado brasileiro, suas consequências e o tema da transfusão de sangue nos pacientes seguidores da religião Testemunhas de Jeová, incluindo precedentes judiciais, à respeito deste procedimento em menores de idade, bem como em pessoas que já adquiriram a maioridade civil, gozando plenamente de autonomia de vontade. Assim, enfrentamos a questão da colisão entre os princípios envolventes: a liberdade religiosa e o direito à vida, a fim de se buscar uma solução por meio da técnica da ponderação ou sopesamento de princípios. Desta forma, pretendemos com o presente trabalho, após estudo histórico e das instituições que envolvem a liberdade religiosa, com utilização de ensinamentos doutrinários, legislação e jurisprudência, trazer à tona a importância da preservação desta liberdade, um dos princípios mais importantes do nosso Estado Democrático de Direito, e se trata de direito da personalidade do indivíduo, que é essencial ao mesmo e faz parte do seu ser desde o seu nascimento.

PALAVRAS-CHAVE:

Liberdade Religiosa. Direito Constitucional. Direitos Fundamentais. Princípios do Direito. Laicidade. Estado Laico. Constitucionalismo do Direito. Direitos da Personalidade. Guarda do Dia. Ensino Religioso. Transfusão de Sangue. Testemunha de Jeová. Colisão de Princípios. Sopesamento de Princípios. Ponderação de Princípios.

ABSTRACT

The present work brings a historical study of religious freedom from the historical antecedents in comparative law and in Brazil, all under a constitutional bias; Thus, we went through the pre-colonial and colonial period, through the discovery of Brazil, the Constitutions of the Empire and the Republics, until we parked in the Constitution of 1988. More specifically, the theme was analyzed under the watch of fundamental, individual and collective rights and duties . Defining the concept of freedom and equality, we enter the strands of freedom under study: freedom of belief, conscience, religious thought, freedom of worship and religious organization. Opening the discussion, we have brought controversial questions about the separation of State and Church, the Laity adopted by the Brazilian State, its consequences and the issue of blood transfusion in Jehovah's Witnesses, including judicial precedents, regarding this procedure in Minors, as well as persons who have already acquired the civilian majority, enjoying full autonomy of will. Thus, we face the question of the collision between the surrounding principles: religious freedom and the right to life, in order to seek a solution through the technique of pondering or weighing principles. In this way, we intend with the present work, after historical study and of the institutions that involve religious freedom, using doctrinal teachings, legislation and jurisprudence, to bring to the fore the importance of the preservation of this freedom, one of the most important principles of our Democratic State Of right, and it is right of the personality of the individual, which is essential to the same and has been part of his being since birth.

KEY-WORDS:

Religious freedom.Constitutional right.Fundamental rights.Principles of Law.Laicity.Lay State.Constitutionalism of Law.Rights of the Personality.Guardian of the Day.Religious Education.Blood transfusion.Jehovah's Witness.Conflict of Principles.Weighing Principles.WeightingPrinciples.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL.....	16
1.1 Antecedentes históricos	16
1.2 Brasil colônia	17
1.3 Brasil monárquico (império).....	20
<i>1.3.1 Constituição de 1824.....</i>	<i>21</i>
1.4 Brasil República	25
<i>1.4.1 República velha (1889-1930)</i>	<i>25</i>
<i>1.4.1.1 Constituição de 1891</i>	<i>28</i>
<i>1.4.2 República nova (1930 -1988).....</i>	<i>33</i>
<i>1.4.2.1 Era Vargas (1930-1937).....</i>	<i>33</i>
<i>1.4.2.2 Constituição de 1934</i>	<i>34</i>
<i>1.4.2.3 Ditadura militar (1937-1945).....</i>	<i>39</i>
<i>1.4.2.4 Constituição de 1937.....</i>	<i>39</i>
<i>1.4.2.5 República populista (1945-1964)</i>	<i>42</i>
<i>1.4.2.6 Constituição de 1946.....</i>	<i>42</i>
<i>1.4.2.7 Governo Militar (1964-1988).....</i>	<i>45</i>
<i>1.4.2.8 Constituição de 1967</i>	<i>46</i>
1.4.3 Nova República (1988 à atual)	48
<i>1.4.3.1 Constituição de 1988.....</i>	<i>49</i>
2 LIBERDADE RELIGIOSA E O DIREITO COMPARADO.....	53
2.1 Notas introdutórias	53
2.2 Uruguai	53
2.3 Argentina	55

2.4 Itália	60
2.5 Índia	63
3 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE RELIGIOSA NA CARTA DE 1988	67
3.1 Dos direitos e deveres fundamentais: direitos e deveres individuais e coletivos	67
3.1.1 Diferenciação entre garantia e liberdade (direito).....	69
3.1.2 As liberdade e garantias como direitos difusos e coletivos	70
3.1.3 Direito fundamental como princípio	71
3.2 Conceito de liberdade e igualdade.....	73
3.2.1 Da igualdade.....	73
3.2.2 Da liberdade.....	74
3.3 Liberdade religiosa	77
3.3.1 Liberdade de crença, consciência e pensamento religioso	77
3.3.2 Liberdade de crença	78
3.3.3 Liberdade de culto	78
3.3.4 Liberdade de organização religiosa.....	79
4 DO CONSTITUCIONALISMO DO DIREITO	81
4.1 Da divisão entre direito público e privado.....	81
4.2 Da constitucionalização do direito e a publicização do direito privado.....	83
4.3 Da Constituição Federal em si	86
4.4 Da relação entre o Direito Constitucional e demais ramos do Direito.....	87
4.4.1 Do Direito Civil.....	87
4.4.1.1 Do direito da personalidade.....	90
4.4.2 Do Direito Tributário	95
4.4.3 Do Direito Administrativo	96
4.4.4 Do Direito do Trabalho	97

5 QUESTÕES SOBRE LIBERDADE RELIGIOSA.....	98
5.1 Separação entre Estado e religião e a liberdade religiosa na Constituição de 1988	98
5.2 Ensino religioso no Brasil.....	102
5.3 Guarda do dia: crença religiosa e filosófica	104
5.4 Transfusão de sangue em testemunhas de Jeová: liberdade religiosa x direito à vida	108
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	120
REFERÊNCIAS	123
ANEXO A – DECRETO N. 46.802, DE 5 DE JUNHO DE 2002	133
ANEXO B – RESOLUÇÃO CFM nº 1021/80	135

INTRODUÇÃO

A liberdade de organização religiosa é de suma importância no seu relacionamento com o Estado, existindo três modelos, o da fusão ou confusão, união e separação.

No Brasil Colônia, a Igreja adotada pelo Estado era a Igreja Católica, e o regime era o da fusão (ou confusão), em que a Igreja tinha forte influência na política, enquanto o Estado aprovava ou não questões internas da Igreja, por meio de leis e decretos.

Após o Brasil deixar de ser colônia, passando do regime Imperial para República, uma crítica interna no Governo sobre o regalismo da Igreja por vários anos, aliado a uma pressão política para ruptura do Estado com a mesma fez surgir o Decreto nº 119-A de 7 de janeiro de 1890, um dos mais importantes documentos sancionados pelo Governo Provisório; encerrando, assim, a união entre o Estado e a Igreja.

Tal decreto se tornou verdadeiro divisor de águas entre a separação da Igreja e Estado, que antes andavam muito próximas, pois uma influenciava diretamente a outra de forma recíproca, o que foi confirmado pela Constituição de 1891, momento em que Estado e a Igreja se separaram efetivamente, acabando qualquer relação entre si. Todavia, com o passar do tempo, com o advento das diversas Constituições na história do nosso país, essa separação ora fora abrandada, ora fora restabelecida.

Com a Constituição de 1946, veio uma liberdade religiosa mais abrangente do que outras Constituições, como as de 1891 e 1937, repetindo o que já fora garantido pela Constituição de 1934, trazendo, além da liberdade de culto, a liberdade de crença.

Constituição de 1988 reafirmou a separação entre Estado e Igreja no inciso I, do seu artigo 19, consagrando o direito à liberdade religiosa, desde que o mesmo esteja em consonância com os valores supremos e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (SORIANO, 2002, p. 85).

O presente trabalho, desta forma, traz um estudo histórico da liberdade religiosa, e outros institutos relacionados, nas Constituições do Brasil, iniciando pelos antecedentes históricos no mundo, pelo período pré-colonial e colonial, antes e depois do descobrimento do Brasil, percorrendo as Constituições do Império e das Repúblicas, inclusive as Constituições outorgadas pelas Ditaduras Militares no país, até a Constituição de 1988. Também trouxemos

alguns comparativos com a liberdade religiosa e as Constituições de países como, Uruguai, Argentina, Itália e Índia.

Assim, estudaremos no presente trabalho, os reflexos do regime adotado pela Constituição vigente quanto à separação entre Estado e Igreja, bem como os aspectos da liberdade religiosa trazida pela Carta Magna em relação a outros direitos.

Na nossa Constituição vigente, abordamos os temas relacionados e pertinentes para o desenvolvimento do presente estudo, iniciando pelos *Direitos e Deveres Fundamentais, Individuais e Coletivos*, diferenciamos *Garantias e Liberdades*, bem como, tentamos demonstrar tanto as liberdades como as garantias, ora como direitos individuais, ora como direitos coletivos ou coletivos, que podem ser.

Em outras palavras, faz parte do presente estudo, a discussão sobre a “laicidade” adotada pelo Estado na Constituição vigente, e a contradição com a relação mantida pelo Estado com a Igreja expresso no próprio texto constitucional, como por exemplo, ao fazer menção a Deus no *Preâmbulo* da própria Carta Constitucional, ou ainda, a expressão “Deus seja louvado” em nota de dinheiro emitida pela República Federativa do Brasil, bem como, imagens e crucifixos nos prédios públicos; há, ainda, questões que envolvem a própria liberdade religiosa, tais como, a previsão constitucional sobre ensino religioso, Dias de Guarda e Feriados Religiosos, por exemplo: Adventista, Batista do Sétimo do Dia, Judeu. Sexta Feira Santa, Corpus Cristi, Dia da Padroeira do Brasil (Nossa Senhora Aparecida) e Natal. E ainda, a questão de possibilidade de transfusão de sangue ou não dos Judeus e Testemunhas de Jeová, entre outras questões importantes aqui não mencionadas.

Buscamos ainda, definir o conceito de liberdade e igualdade, para daí adentrarmos na liberdade religiosa, e suas vertentes, tais como, liberdade de crença, liberdade de consciência e pensamento religioso, liberdade de culto e organização religiosa.

Após, estudamos o Constitucionalismo do Direito, sobretudo, quanto o Código Civil e alguns de seus institutos, não podendo faltar um esboço sobre os direitos da personalidade, qual neles estão inclusos a liberdade religiosa.

Posteriormente, abordamos algumas questões sobre liberdade religiosa, notadamente, quanto a separação entre Estado e Igreja na Constituição de 1988, e a laicidade adotada pelo Estado brasileiro, e suas consequências.

Abordamos também sobre o ensino religioso no Brasil, a questão da guarda do dia por membros de algumas religiões e o debate acerca da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová. Nesse item do presente estudo, enfrentamos a questão da colisão entre princípios do direito à vida contra a própria liberdade religiosa, bem como, a busca de uma solução por meio da ponderação e sopesamento de princípios.

Desta forma, pretendemos com o presente trabalho, após estudo histórico e das instituições que envolvem a liberdade religiosa, trazermos à tona a importância da preservação desta liberdade, um dos princípios mais importante do nosso Estado Democrático de Direito, e se trata de direito da personalidade do indivíduo, que é essencial ao mesmo e faz parte do seu ser desde o seu nascimento.

A metodologia utilizada no presente trabalho fora o método hipotético dedutivo, sendo adotado o historicismo jurídico como marco teórico, tendo ainda, por fundamento a presente obra os autores Noberto Bobbio, José Afonso da Silva e Arnaud Martin.

1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL

1.1 Antecedentes históricos

Antes de adentrarmos sobre a liberdade religiosa no Brasil, importante destacar o princípio da relação entre Igreja e Estado pelo mundo, até chegarmos à referida relação no Brasil que antecedeu o Império, avançando, posteriormente, para a história da liberdade religiosa pelas diversas Constituições do país.

Os estados antigos eram todos moldados pelos sentimentos religiosos e as normas jurídicas eram, na sua totalidade, quase religiosas. Assim, o cristianismo, dominou toda a Idade Média, não apenas como religião, mas também como política (BERDIAEF, 1958, p. 55 apud SCAMPINI, 1978, p. 13). Nesta época, o cristianismo veio substituir o culto pagão politeísta, pelo culto cristão monoteísta. O Santo Império Romano-Germânico, cujas bases Carlos Magno assentou no século IX e que Otão o Grande consolidou no século X, é uma prova incontestável da influência da religião na política, podendo os papas nomear e destituir imperadores, erguer e derrubar impérios (SCAMPINI, 1978, p. 13).

O mundo ocidental era dominado por apenas uma religião, a católica apostólica romana, que foi interrompida no século XVI pela Reforma com Lutero (Alemanha), Erasmo (Holanda), Calvino (França), Zwínglio (Suíça) e Knox (Escócia), movimentos estes que dividiram a cristandade, criando a intolerância religiosa, derramando rios de sangue por mais de dois séculos e meio (1517-1789) (SCAMPINI, 1978, p. 13).

Os países católicos, como Itália, França e Espanha protegiam os fiéis e perseguiram os infiéis, queimando-os vivos na fogueira da *Santa Inquisição*, ou massacrando-os, como na noite de São Bartolomeu, de 1572; da mesma forma agiam os países protestantes, como Alemanha, Inglaterra, Suécia e Dinamarca, perseguindo os contrários à suas doutrinas, vide a *Guerra dos Trinta Anos* (1618-1648), entre outros massacres.

Scampini (1978, p. 14) nos ensina que, foi somente na *Revolução Americana*, influenciada pelo racionalismo anglo-francês, que se proclamou, pela primeira vez, a liberdade religiosa na *Declaração de Virgínia*, de 12 de junho de 1776. Textos semelhantes foram incluídos nas declarações de outros estados americanos, vindo, tal direito ser previsto na primeira emenda à sua *Constituição Federal em 1791*, assegurando os princípios

fundamentais da liberdade religiosa com a separação da Igreja e Estado e o livre exercício de qualquer religião.

Em 1789, seguindo o exemplo americano, a França, em sua primeira *Declaração de Direitos* prevê a liberdade religiosa, ato seguido por outros países. Em 1795, a França, durante *Convenção Nacional*, vota a separação das Igrejas do Estado; contudo, em 1802, Napoleão assina a concordata com Pio VII tornando a Igreja Católica a Igreja oficial, mantendo tal ordem da Carta de 1814 até 1905, ano em que ocorre, de fato, na França, a separação da Igreja do Estado (SCAMPINI, 1978, p. 14).

Na Inglaterra, manteve-se a religião anglicana como religião oficial do Estado, todavia, assegura, até os dias de hoje, a liberdade religiosa, o que é tendência mundial e que pode ser verificada a partir de análise das Constituições dos países de todo o mundo, as quais reconhecem, na sua maioria, o direito de professar livremente sua religião, sendo assegurado, assim, a liberdade religiosa (SCAMPINI, 1978, p. 14).

1.2 Brasil colônia

De acordo com Venâncio Filho (2011, p. 1-12), com base na premissa dita pelo Prof. Ruy Cirne Lima, a história territorial do Brasil começa em Portugal. Segundo o historiador Buarque de Holanda (1956, p. 33) “nenhum outro povo do Velho Mundo achou-se tão bem armado para se aventurar à exploração regular e intensa das terras próximas à linha equinocial [...]”. Assim, Portugal realizou a sua expansão ultramarina alicerçado em três pilares: a) Burguesia comercial; na ordem sócio econômica; b) razão do Estado, na ordem política; c) empirismo, na ordem cultural (VENÂNCIO FILHO, 2011, p. 1-12).

A revolução do Estado português se processa por força da *Revolução de 1383*, que representara o fortalecimento do estado nacional (fato pioneiro no estado europeu), revolução esta empreendida e completada pela *Dinastia de Aviz*, que sublima o conceito de soberania nacional e que trouxe como consequências a centralização monárquica e a codificação do direito (VENÂNCIO FILHO, 2011, p. 1-12). Na sociedade em que os papéis eram predominantes desempenhados pelo rei e pela nobreza, o direito seria símbolo do poder real, com importante papel a desempenhar.

Assim, as monarquias ibéricas, espanhola e portuguesa foram as primeiras da Europa a alcançar a plena centralização, qual teve suma importância na codificação do direito, destacando-se os juristas neste processo de centralização e a criação do Estado barroco.

Nesta época, foi edificada em Portugal uma base teórica na qual todo o processo político originava um conjunto de princípios próprios, fazendo a passagem das concepções medievais para as ideias modernas concernentes ao Estado, sendo utilizados pelos legistas lusitanos teorias políticas advindas do direito romano.

Assim, quando se iniciou o período de descobertas e colonização, as colônias passaram a sofrer influências dessa cultura, ao mesmo tempo em que as populações que aqui vinham eram compostas por degregados e pela pequena nobreza, ocorrendo, assim, um enfraquecimento do poder político nos primeiros séculos e o fortalecimento do poder privado (VENÂNCIO FILHO, 2011, p. 1-12).

Aqui chegando, os portugueses se depararam com uma população ameríndia, bastante homogênea, em termos culturais e linguísticos. Os índios viviam, basicamente, da caça, pesca, coleta de fruta e agricultura de subsistência destinada a consumo próprio (FAUSTO, 2001, p. 14-15).

A primeira missa realizada no Brasil também foi um marco histórico que deve ser destacado no presente estudo. Conforme nos ensina Delphino [200?]:

[...] no dia 22 de abril de 1500, chegaram as 13 caravelas lideradas por Pedro Álvares Cabral, que ao desembarcarem foram recebidos por aproximadamente dezoito índios e trocaram presentes. A bordo de suas caravelas novamente, subiram um pouco para um lugar mais protegido e foram parar na praia da Coroa Vermelha, em Porto Seguro, no litoral sul da Bahia, local que foi celebrada a primeira missa em solo brasileiro, no dia 26 de abril. Segundo narra o escrivão Pero Vaz de Caminha em uma carta para o rei de Portugal, D. Manuel, depois 47 dias navegando pelo oceano Atlântico, ao chegarem na praia da Coroa Vermelha, dois carpinteiros fizeram uma cruz e a colocaram na areia. A missa foi celebrada pelo Frei Henrique com mais alguns clérigos. Foram convocados mil homens, entre oficiais e marinheiros e havia cerca de duzentos índios que acompanhavam atentamente ao que acontecia, com muito respeito e adoração. Os índios seguiam os mesmos gestos dos portugueses, se eles levantavam, eles também levantavam, se eles ajoelhavam, eles também ajoelhavam. Depois de terminada a cerimônia o sacerdote fez uma pregação narrando a vinda dos portugueses. Vaz de Caminha acreditava também que a conversão dos índios não seria difícil, já que eles foram muito respeitosos quanto a religião. Nos dias seguintes, os portugueses tentaram mostrar para os índios o respeito que tinham com a cruz, se ajoelharam um por um e a beijaram. Alguns índios fizeram o mesmo gesto, o que fez com que fossem considerados inocentes e fáceis de evangelizar. Vaz de Caminha pede ainda para o rei que venha logo o clérigo para batizá-los a fim de conhecerem mais sobre a fé deles.

Após a chegada dos portugueses, desembarcaram no Brasil, jesuítas da *Companhia de Jesus*, mais precisamente em 1549, com a chegada, no Brasil, de Tomé de Souza, 1º

Governador Geral, em sua companhia estavam os primeiros padres da *Companhia de Jesus* que iriam dar início a grande obra educacional, se estabelecendo como uma grande empresa educacional; formando, diretamente, um processo educacional no Brasil colônia, caracterizado como o principal elemento de formação cultural, com forte influência religiosa (VENÂNCIO FILHO, 2011, p. 1-12).

Os jesuítas tiveram suma importância na história da educação no Brasil, com a instalação do primeiro colégio no estado da Bahia, sendo que, até o século XVII o país possuía onze colégios em diversos estados (Pará, São Luiz do Maranhão, Espírito Santo, Rio de Janeiro, São Paulo, etc), além das escolas para meninos e outros colégios menores (VENÂNCIO FILHO, 2011, p. 1-12).

Posteriormente, com a chegada de Dom João ao Brasil, em 1808, saindo de Portugal por conta da guerra na Europa e a iminência invasão de Portugal por Napoleão Bonaparte, iniciou-se o período Joanino na história do Brasil.

Com a derrota de Napoleão, a guerra na Europa teve seu fim em 1814, e Dom João decidiu permanecer na então colônia, elevando o Brasil à condição de Reino Unido a Portugal e Algarves, sendo sagrado como rei de Portugal do Brasil, com o título de Dom João VI.

Em 1820, iniciou-se um movimento revolucionário em Portugal, exigindo sua volta a metrópole. Tal fato teve repercussões no Brasil, qual também se iniciou um movimento de independência, bem como, para que Dom João deixa-se o Brasil. Temendo perder o trono, Dom João VI regressa à Portugal e, em seu lugar, deixa seu filho Pedro, o príncipe regente (FAUSTO, 2001, p. 71-72).

No fim de 1821, foram tomadas novas medidas pelas Cortes, que fortaleceram o Brasil e a opção de independência. Em janeiro de 1822, a decisão do príncipe regente em ficar no país foi solenizada no *Dia do Fico*, seguido de atos de ruptura com Portugal.

Em 7 de setembro de 1822, às margens do Rio Ipiranga, Dom Pedro proferiu o chamado *Grito do Ipiranga*, formalizando a independência do Brasil, vindo após ser coroado como imperador, recebendo o título de Dom Pedro I (FAUSTO, 2001, p. 73-74).

Logo, no Brasil, historicamente, é insolúvel a separação da Igreja e do Estado, pois a Igreja esteve presente no início da colonização, auxiliando sobremaneira na organização de um povo e na formação de uma nacionalidade. Um dos exemplos dessa importância da Igreja

em terras de Santa Cruz foi a celebração da primeira missa no nosso país (SCAMPINI, 1978, p. 15-16). Tal relação entre Estado e Igreja se manteve inalterada por todo o período colonial, até o início do período imperial.

1.3 Brasil monárquico (império)

Com a proclamação da independência, em 07 de setembro de 1822, foi fundado o Império, e seus governantes seguiram rumos diferentes do Brasil colônia, quanto a importância dada à religião pelo Estado.

Em 1822, então, iniciou-se o período Imperial, com a consolidação da independência e a construção do Estado. Nos dois primeiros anos após a independência, o país se concentrou em torno da aprovação e promulgação da primeira Constituição do Estado Brasileiro, sendo convocada uma Assembleia Constituinte meses antes da independência, que veio a definir, por meio da referida Carta, o sistema político como sendo monárquico, hereditário e constitucional (FAUSTO, 2001, p. 78-80).

Na *Constituição Política de 1824*, o pacto fundamental do Império prescreveu em seu artigo 5º que “a religião católica apostólica romana continuará a ser a religião do império”, tamanha era a importância da religião, sobretudo a Igreja Católica para o Estado, até então.

Assim, a Constituição do Império impôs a existência de uma religião de Estado que, embora admitisse a liberdade de consciência, as religiões não católicas não poderiam ser exercidas em público (LIMA LOPES, 2000, p. 325).

Nesse período, o clero católico era tratado como um ramo do funcionalismo público e as rendas da Igreja eram matéria de Estado; os padres possuíam grande influência política nas localidades onde haviam suas paróquias, possuindo, inclusive, funções públicas, como o de registro civil e de terras (LIMA LOPES, 2000, p. 325).

Contudo, a aurora da independência política assinalou o início de uma grande restrição da liberdade para a Igreja que, dia a dia, se acentuou e, posteriormente, alcançou o auge, no último quarto do século XIX quando, o catolicismo passou de religião oficial à vítima do

regalismo político,¹ ocorrendo uma verdadeira antítese entre o poder civil e o poder eclesiástico (SCAMPINI, 1978, p. 17).

No período de 1824 a 1889, não houve, no Brasil, um governo verdadeiramente católico e, a legislação surgida entre a separação de Portugal e a queda do trono imperial não passou de uma série progressiva de atentados contra a Igreja e seus Ministros (SCAMPINI, 1978, p. 17).

Conforme explica Barbosa (1945, p. 67 apud SCAMPINI, 1978, p. 17), o regalismo serviu-se das leis, códigos, ministérios, câmaras, assembleias, apoderando-se e invadindo-se de tudo, para manietar a Igreja. Tal choque fazia estremecer os alicerces do próprio trono, passando a ver os “espíritos mais sagazes da monarquia”, como uma nau à deriva, desarvorada e no escuro, se afastando cada vez mais a religião do Estado. Fato este percebido pelos republicanos como uma oportunidade, qual isolava a dinastia da Igreja, maior baluarte da Monarquia.

1.3.1 Constituição de 1824

A Constituição do império teve influência doutrinária francesa, porém, na prática, o que se viu, foi uma obra de costume constitucional e uma forma parlamentar de governo, similar ao modelo inglês (BONAVIDES, 2011, p. 363). Quanto a ligação com a religião, seu *Preâmbulo* encerrava com a invocação da Santíssima Trindade e a expressão “por graças à Deus”.

Segundo Scampini (1978, p. 20), no artigo 5º da referida Carta constitucional previa-se o princípio da religião do Estado e, procedendo este princípio, a Carta Magna declarava que a religião Católica Apostólica Romana é e continuará a ser a religião do Estado, sob o argumento de ser a religião da maioria dos brasileiros, permanecendo o culto interno e externo como um direito fundamental.

Culto interno é uma relação imediata do homem com Deus, por meio da fé, amor e adoração espiritual, um ato privativo de sua consciência, verdadeiro direito de consciência, direito este inviolável. Por sua vez, quando o indivíduo manifesta, publicamente, seu pensamento e crença, o culto passa a ser externo, não se tratando mais, apenas, de liberdade

¹ “Sistema político que sustentava o direito que tinham os reis de interferir na vida interna da Igreja” (REGALISMO, 2017).

de consciência, mas de liberdade de culto, podendo ocorrer a intervenção do poder social para a manutenção da ordem pública e dos bons costumes, conforme preceituava o § 5º do art. 179 da então vigente Carta Constitucional: “ninguém pode ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a moral pública” (SCAMPINI, 1978, p. 20).

O artigo 183 da referida Constituição previa que o Imperador, antes de ser aclamado, deveria fazer juramento, dizendo a seguinte frase: “juro manter a religião católica apostólica romana [...]”, enquanto que o § 2º do artigo 102 previa que competia ao Poder Executivo a nomeação de bispos, nomeação esta que, depois, era confirmada pelo Papa, bem como, tal poder previa os benefícios aos eclesiásticos (SCAMPINI, 1978, p. 23).

Importante ressaltar a existência de um recurso à Coroa, ou seja, numa apelação contra o abuso ou improcedência dos Tribunais Eclesiásticos, um importante meio de direito e garantia às liberdades públicas e individuais, que se invocava à coroa proteção contra o uso legítimo da jurisdição eclesiástica. Em contrapartida, por meio do Decreto de 28 de março de 1857, foi criada uma reforma ao princípio da Coroa, denominado princípio *ex informata conscientia*, vindo a estabelecer uma reciprocidade ao recurso da Coroa, como remédio para os excessos da autoridade temporal contra as prerrogativas da Igreja (SCAMPINI, 1978, p. 29).

Quanto aos bens eclesiásticos, pelas leis do regime anterior à independência do Brasil, era proibido, por lei (*mão morta*), aos institutos religiosos adquirirem e possuírem, por qualquer título, bens; ou alhear bens de raiz sem especial licença do governo civil, sob pena de devolução do mesmo ao Estado. A fundamentação era a de que se fazia necessário impor um limite a exorbitante riqueza e ao poder eclesiástico, que lhes dava uma preponderância nociva à ordem pública, devido as Igrejas e mosteiros possuírem uma abundância de bens de raiz.

Posteriormente, o governo mandou converter os bens móveis e os escravos das ordens religiosas, dentro do prazo de 12 anos, em apólices da dívida pública interna. As associações religiosas conseguiram alcançar personalidade jurídica somente na República, quando passaram, como pessoa jurídica, a ter capacidade de adquirir bens, pois então fora extinto as leis de mão morta (SCAMPINI, 1978, p. 32).

- *Do casamento*

Na legislação imperial não existia casamento civil, portanto, somente ocorria o casamento na Igreja, o qual gerava todos os efeitos na vida do casal, e era destinado somente a quem pertencia a religião oficial do império, que era a Católica. A falta de um casamento civil era uma restrição à liberdade religiosa, trazendo diversas confusões e abusos. Posteriormente, com a Lei de 11 de setembro de 1861, passou a ser possível, parcialmente, o casamento civil aos não católicos (SCAMPINI, 1978, p. 32-35).

- *Dos Cemitérios*

Outro item importante na Constituição do Império refere-se aos *cemitérios* e sua secularização. Tal figura veio a prestigiar a liberdade religiosa, pois ela também se aplica no caráter e administração dos cemitérios. Scampini (1978, p. 38) menciona como exemplo da liberdade religiosa, uma antiga lei francesa que dava a cada um o direito de optar por um funeral religioso ou civil, não podendo haver pela autoridade imposição de qualquer condição para realização da cerimônia.

Scampini (1978, p. 51) relata que, o direito à liberdade religiosa durante o Império pode ser entendido somente nos parâmetros da época e da doutrina dos constitucionalistas daquele período, pois os próprios dirigentes da época guardavam posições extremistas, tanto no poder civil, quanto no poder Eclesiástico. Referido autor menciona ainda que, na época do Império havia muitos civilistas partidários do *regalismo político*, e muitos eclesiásticos galicanos,² moderados ou não, fatores da separação entre a Igreja Brasileira e a Igreja Romana, evoluindo somente com o advento da República.

Antes de tudo, a Constituição continha dois artigos contraditórios que envolviam Igreja e Estado:

O artigo 5º declarava a religião Católica Apostólica Romana religião do Estado, e o artigo 102 que concede ao Poder Executivo a competência de intervir em assuntos eclesiásticos provocando confusões de jurisdição, conflitos existenciais, ingerências indébitas no campo espiritual e sobretudo no abuso de poder (SCAMPINI, 1978, p. 52).

Com a proclamação da independência, libertando o Brasil do julgo português, ofertou-se a todos o desejo de sacudir qualquer tipo de domínio, tudo o que pudesse parecer

² Tendência autonomista do catolicismo na França no que diz respeito à jurisdição de Roma e o Papa. O nome vem da Gália como era conhecido nos tempos antigos do território da moderna França (FREIJEIRO, 1993).

escravidão, dependência. Todavia, a previsão constitucional no seu artigo 5º, de que “continuará a religião Católica ser a Religião do Estado”, causou muita controvérsia, sobretudo quanto sua interpretação.

De acordo com Lustosa (1939, p. 185 apud SCAMPINI, 1978, p. 55), não foi a Constituição que fez da religião Católica a religião do Brasil, mas sim, a religião foi reconhecida pelo legislador como fato anterior e aceita como um direito adquirido da nação brasileira. Tanto é que, na história brasileira, durante o Império, não se era desejável uma união interna entre Estado e Igreja, mas sendo apenas recomendada uma união externa, qual o Estado pode declarar que a maioria do seu povo adota determinada religião, como aconteceu com a *Concordata* de Napoleão. Na época, existiu uma doutrina fundamentada no regalismo exagerado denominado *iuscavendi*, cujo objetivo era criar um Recurso à Coroa³ para se repudiar abusos de autoridade eclesiástica.

Sobre o Recurso à Coroa, ressalta-se a sua ilegitimidade, principalmente quanto à forma que a mesma foi regulada (Decreto de 28 de março de 1857), o qual tirava o poder de julgamento dos juízes e tribunais, conferindo este poder ao Imperador (SCAMPINI, 1978, p. 61-62). Isso porque, tal Decreto acabou não por constituir o Recurso à Coroa, unicamente como um meio contra os abusos de autoridade eclesiástica, mas sim, tornou-se uma garantia desta em favor das invasões do poder civil, estabelecendo uma reciprocidade do recurso à Coroa como remédio aos excessos da autoridade temporal contra as prerrogativas da Igreja (SCAMPINI, 1978, p. 65-67).

Segundo Scampini (1978, p. 61-62), o poder civil era totalmente incompetente em matéria religiosa, pois não podia emitir juízos de natureza espiritual, representando a *iuscavendi*, um cerceamento e violação à liberdade religiosa da época. Tal permissão do poder civil de aprovar ou glosar atos dos Eclesiásticos era uma invasão sobre a liberdade religiosa, pois o Estado não tinha competência para julgar assuntos religiosos.

Durante esse período histórico, podemos observar algumas restrições à liberdade religiosa.

Como já dito, durante o Império, o único casamento reconhecido era o canônico, constituindo grande embaraço a liberdade religiosa com relação aos brasileiros não-católicos,

³ Recurso à coroa era um remédio contra abusos de autoridade dos eclesiásticos, qual poderia ter seus atos revistos, qual o poder civil tinha o poder de manter ou torná-la nula e sem efeito tal decisão.

sendo que esta questão entre casamento religioso-civil foi discutida na Assembleia Constituinte de 1890-1891, quando se estabeleceu o casamento civil no início da República.

Segundo Scampini (1978, p. 71), o princípio fundamental da liberdade religiosa deduz-se naturalmente de que o Estado deve garantir a todos os cidadãos a liberdade de opção entre o casamento civil ou o religioso segundo sua consciência. Isso porque, a liberdade religiosa está intimamente ligada a outros setores da vida humana, não menos importante que se pressupõe entre Igreja e Estado.

Quanto ao ensino, a liberdade religiosa na educação foi debatida com ardor durante a constituinte republicana, bem como, nas Cartas Republicanas seguintes.

Foi travada uma luta na Câmara Constituinte de 1891, quanto a secularização dos cemitérios, assunto muito ligado a Igreja Católica, envolvendo liberdade religiosa e liberdade de culto aos mortos, liberdade dos funerais e, por consequência a secularização dos cemitérios.

Logo, momentos e assuntos dos mais importantes ao cidadão, como o casamento, ensino, enterro, sofreram graves restrições à liberdade religiosa na época, quando a doutrina da liberdade religiosa ainda não era madura suficiente.

O Império declarou a separação da Igreja e do Estado, por meio da sua primeira Carta Constituinte, sobretudo por conta da instituição do casamento civil, bem como, com a introdução do ensino leigo, a secularização dos cemitérios, e a abolição de qualquer ajuda financeira à cultos religiosos (SCAMPINI, 1978, p. 69-72).

1.4 Brasil República

1.4.1 República velha (1889-1930)

A partir da década de 1870, surgiu uma série de sintomas de crise do Segundo Reinado, como o início do movimento republicano e os atritos do Exército com a Igreja, além do encaminhamento da extinção da escravidão, qual provocou desgastes nas relações entre o Estado e suas bases sociais de apoio (FAUSTO, 2001, p. 121).

Além do desgaste entre Estado, Exército e Igreja, também houve desgaste de uma nova classe formada por funcionários públicos, profissionais liberais, jornalistas, artistas, comerciantes. Essa nova classe, denominada classe média, estava crescendo nos grandes

centros urbanos e desejava mais liberdade e maior participação nos assuntos políticos do país; identificada com os ideais republicanos, esta classe social passou a apoiar o fim do império (PROCLAMAÇÃO, [200?]).

Conforme nos ensina Fausto (2001, p. 127), o republicanismo tivera curso nos dois movimentos pela independência no fim do século XVIII. O primeiro movimento, defendido por alguns membros do Rio de Janeiro liderados por Lopes Trovão e Silva Jardim, associava a ideia de revolução e de algum tipo de reforma da sociedade, enquanto o segundo movimento, defendia uma transição pacífica entre os regimes, esperando se possível a morte de Dom Pedro II, tendo como partidário desta ideia Quintino Bocaiúva, qual sua opinião era compartilhada pela grande maioria.

Na década de 1870, as relações entre Estado e Igreja se tornaram tensas, representando a união entre “o trono e o altar”, prevista na Constituição de 1824, a qual representava uma fonte de conflito. Nesse período, a Igreja Católica era a igreja oficial, e a Constituição vigente reservava ao Estado o direito de conceder ou negar a validade dos decretos Eclesiásticos (FAUSTO, 2001, p. 128).

A relação entre Igreja e Estado, nos dez últimos anos do Império, se deteriorava cada vez mais. Um ano antes da proclamação da república, Costa, em sua obra *A liberdade de cultos* (1888, p. 31 apud SCAMPINI, 1978, p. 81), fazia um panorama da relação Estado e Igreja, relatando que, se de um lado, a Igreja tinha diminuído seu prestígio e estava enfraquecida, desamparada e presa nas algemas do regalismo, por outro, o ateísmo corrompia a mocidade do alto das cadeiras dos liceus e academias, propagando que a ciência é a antítese da fé, se unindo com o positivismo contra a Igreja, contando ainda com o apoio tácito dos governantes.

A partir de 1887, houve contato entre os líderes republicanos paulistas e gaúchos com os militares visando derrubar a Monarquia, sendo que, em 1889, figuras como Rui Barbosa, Benjamin Constant, Quintino Bocaiúva, reuniram-se com Marechal Deodoro, para convencê-lo a liderar um movimento contra o regime; e no dia 15 de novembro de 1889, assumiu o comando da tropa e marchou para o Ministério da Guerra onde se encontrava os líderes monarquistas, culminando na Proclamação da República. Surgiu, então, a República, proclamada pelo General Deodoro da Fonseca, em 15 de novembro de 1889.

Apesar da união, num primeiro momento, os vários grupos que disputavam o poder tinham interesses diversos e divergiam em como organizar a República. Os militares tiveram bastante influência nos primeiros anos, tornando-se o Marechal Deodoro da Fonseca o chefe do Governo Provisório.

O surgimento da República causou espanto na nação e à Igreja, tanto foi que, esta última emitiu, somente seis dias depois, um telegrama saudando tal feito. Tal documento se trata do primeiro contato da Igreja com o Estado após a República recém-proclamada, provocando no Chefe de Governo estima e admiração pelo ato, retribuindo por meio de uma visita pessoal, para agradecer tal saudação; a visita, por sua vez, foi retribuída por uma carta enviada pelo arcebispo da Igreja, como forma de agradecimento da visita do enviado do Chefe de Estado. Nesta carta, o arcebispo relatou seus receios e temores sobre a publicação de decretos da separação da Igreja do Estado, demonstrando que aquela não estar preparada para o novo regime, querendo sua independência, mas não a separação entre o Estado e a Igreja (VENÂNCIO FILHO, 2011, p. 102).

O primeiro projeto para separação do Estado e Igreja, apresentado pelo então ministro da Agricultura, Demétrio Ribeiro sofreu diversas impugnações de seus pares, motivando o General Deodoro da Fonseca a nomear o ministro da Fazenda, Rui Barbosa, para redação de outro projeto. Rui Barbosa era um estudioso do assunto e já havia se manifestado para a imprensa que, a seu ver, era necessário tal reforma, tanto para o Estado, quanto para a Igreja; contudo, o Governo Provisório deveria agir com cautela, evitando qualquer desgaste desnecessário com o clero, e a população que na sua maioria era católica (SCAMPINI, 1978, p. 83). Assim, Rui Barbosa ficou incumbido da tão árdua missão de conciliar interesses antagônicos, passando a tratar diretamente com o seu antigo mestre, D. Macedo Costa, o então representante da Igreja naquele período (SCAMPINI, 1978, p. 81-83). Em uma dessas conversas, pediu que o Brasil República adotasse o modelo de liberdade americana e não o Francês, ideia compartilhada por Rui Barbosa, mas não pelo General Deodoro da Fonseca que se declarava católico, e que não iria assinar uma Constituição que ofendesse a liberdade da Igreja (SCAMPINI, 1978, p. 81-83).

Conforme ensinamentos de Soriano (2002, p. 76-78), o princípio da liberdade da separação entre Igreja e Estado é fundamental para a existência da liberdade religiosa, princípio este consagrado pela primeira Emenda da Constituição norte-americana, e utilizado como modelo pelas nações democráticas, inclusive pelo Brasil.

No Brasil, um dos primeiros autores a reconhecer a necessidade da separação entre Igreja e Estado foi Melasporos (1866 apud SORIANO, 2002, p. 78), em sua obra publicada em 1866. Dizia o referido autor, que a separação completa da Igreja e Estado, com a independência absoluta do poder religioso na economia, governo e direção dos cultos era o único meio de tornar satisfatória as relações dos poderes civil e eclesiástico:

Toda restrição da liberdade do homem no exercício desse direito inalienável, toda a intervenção coativa no cumprimento desta obrigação, todo o esforço para constringer a consciência é portanto um atentado contra a prerrogativa reservada e privativa de Deus sobre o homem [...].

Em meio a tal situação, surgiu o Decreto nº 119-A de 7 de janeiro de 1890, um dos mais importantes decretos sancionados pelo Governo Provisório, encerrando, assim, a união entre o Estado e Igreja.

1.4.1.1 Constituição de 1891

Com o advento da República, o Brasil mudou seu eixo de valores e princípios de organização formal do poder, passando do pseudo parlamentarismo inglês, para o presidencialismo americano (BONAVIDES, 2011, p. 364).

A Constituição de 1891, promulgada no mês de fevereiro do mesmo ano, foi inspirada no modelo Norte-Americano, consagrando a República Federativa Liberal e inaugurando o sistema presidencialista de governo, passando o poder Executivo a ser exercido por um presidente da República, com mandato de 04 anos, por meio de voto direto e universal. Apesar de o voto ser considerado universal, as mulheres, analfabetos, mendigos e praças militares não exerciam o direito ao voto. Contudo, o primeiro presidente e vice-presidente ainda seria eleito pelo voto indireto (FAUSTO, 2001, p. 141).

Quanto à relação entre Estado e Igreja, antes mesmo da Constituição de 1891, o Decreto 119-A de 1890, sancionado ainda pelo Governo Provisório, extingue a união entre o Estado e Igreja.

- *Liberalismo e a separação Estado/Igreja*

Conforme ensinamentos de Scampini (1978, p. 89) o liberalismo influenciou e sacudiu profundamente o homem na sua estrutura religiosa e também nas relações Estado e Igreja, servindo como nexos entre a separação absoluta entre os mesmos e a liberdade religiosa.

O liberalismo se manifestou no campo filosófico, socioeconômico e também no campo religioso. Como princípio fundamental do liberalismo religioso é possível relatar a razão do indivíduo como único fundamento da verdade a negar a existência de uma religião objetiva, não existindo uma religião verdadeira ou falsa.

Uma das consequências do liberalismo religioso é a separação absoluta da Igreja e Estado, suprimindo, no plano individual, a ideia objetiva de Deus, negando-se, ao mesmo tempo, toda ordem objetiva, social ou jurídica, querida por Deus.

O referido autor (SORIANO, 2002, p. 90) nos ensina ainda o seguinte:

[...] a liberdade de consciência por sua vez, conforme a doutrina do Liberalismo, parte de um conceito subjetivo de verdade, “a minha verdade”, para depois dar-lhe um valor objetivo, “a verdade”, acreditando ao final que “a minha verdade é a verdade”. Ou seja, existem tantas verdades quanto as consciências individuais.

Assim, o Estado laicista sustenta uma posição indiferente a respeito da religião, afinal, a crença religiosa supõem convicções particulares sem relevância na vida pública. Portanto, deve a Igreja ser considerada mera associação sem direitos especiais, com o qual o Estado deverá manter uma completa independência, absoluta separação, pois possuem finalidades diferentes. Portanto, a liberdade religiosa não pode ser entendida como liberdade de consciência e separação do Estado-Igreja, com o sentido trazido pelo liberalismo (SCAMPINI, 1978, p. 91).

Quanto a separação da Igreja, Estado e liberdade religiosa, podemos afirmar que, um dos fundamentos da liberdade religiosa e da liberdade de consciência é a dignidade da pessoa humana, direito natural inerente ao ser humano, e não um direito positivo concedido pelo Estado.

O indivíduo só pode realizar-se plenamente, quando vive em sociedade, e quando a sociedade está integrada por indivíduos, assim, segundo Scampini (1978, p. 94), a tarefa principal do Estado consiste em reconhecer, respeitar, harmonizar, defender, promover os direitos da pessoa humana, dentre eles o da liberdade religiosa.

Nesse aspecto houve evolução, no sentido de não aceitar uma doutrina laicista ou indiferente, neutra do Estado, pois é o mesmo que separar o homem como indivíduo, sendo uma parte referente sua vida privada, e outra referente sua vida pública.

- *O exercício livre e público do culto*

Estabelece a Constituição de 1891 no seu § 3º do artigo 72, que “todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto”.

Desde a referida Constituição, houve uma proteção à liberdade religiosa, mesmo que não expressamente, pois o texto diz em liberdade de culto. Assim, a autoridade pública não pode impor ou proibir crenças e suas práticas, pois estaria violando a liberdade espiritual, e por consequência a liberdade religiosa.

Scampini (1978, p. 101-102) nos ensina que a Constituição de 1891 não distingue e não fala em liberdade de consciência, mas só em liberdade de culto, existindo diferenças entre as mesmas. Liberdade de culto consiste no direito de orar e a de praticar os atos próprios da religião, manifestando no âmbito privado e fechado, ou público e aberto.

O referido autor (SCAMPINI, 1978, p. 102-103) ainda relata que a referida Constituição não fala em liberdade de crença, liberdade esta que consiste em ter ou não uma crença, pois o descrente também tem a liberdade de consciência, inclusive podendo pedir a tutela de tal direito.

O início da liberdade religiosa foi uma trégua ou um tratado de paz entre duas religiões interessadas em cessar alguma luta por determinado período em uma época que existia duas ou três religiões, sendo que uma era a dominante e não abria mão de seu prestígio. Nesta época, não se falava em liberdade religiosa, mas em tolerância religiosa (SCAMPINI, 1978, p. 102-103).

Conforme ensinamentos de Pontes de Miranda, (1971, p. 113 apud SCAMPINI, 1978, p. 103), sobre o direito do homem de 1789, de que a intolerância não é o oposto da tolerância, mas sua falsificação. Depostas, sendo que uma se atribui a si mesmo o direito de impedir a liberdade de consciência, e a outra de autorizá-la.

- *Exercício livre e público de culto e suas limitações*

Na Constituição de 1891, a liberdade de consciência com práticas exteriores, interessava ao Estado, eis que havia limitação de outras liberdades, inclusive a religiosa, em favor do coletivo.

Soriano (2002, p. 79-80), por sua vez, nos ensina que durante a vigência da Constituição imperial de 1824, não havia na Constituição brasileira previsão sobre a liberdade de culto, somente com a proclamação da República, com Decreto 119-A e a promulgação da Constituição de 1891 é que se ampliou a liberdade religiosa no Brasil, passando a existir a liberdade de culto.

O § 3º do artigo 72 da Constituição 1891,⁴ previa em seu texto que todos os indivíduos e confissões religiosas podiam exercer pública e livremente o seu culto; contudo, segundo Scampini (1978, p. 104-105), a palavra livre não significava liberdade absoluta. Para o referido autor, a intervenção do Estado nos cultos externos era legítima, de indiscutível direito, eis que lhe recai o encargo de defender a sociedade.

A Constituição de 1891 ainda previa a escusa de consciência nos parágrafos 28 e 20 do seu artigo 72. No parágrafo 28, previa que nenhum brasileiro poderia ser privado de seus direitos civis e políticos, nem se eximir-se do cumprimento de qualquer dever cívico em razão de crença religiosa. Enquanto que, no parágrafo 20 previa que nenhum brasileiro poderia se isentar de qualquer ônus imposto pela lei da República, por motivo de crença.

Scampini (1978, p. 106) ensina que a escusa de consciência não deve servir de anteparo para abusos, nem justifica falta de civismo ou a deveres que todo cidadão possui com a pátria.

- *As associações religiosas: capacidade e personalidade jurídica*

Quanto à capacidade jurídica das associações religiosas, o artigo 72 da Constituição de 91, previa que todos os indivíduos poderiam exercer livremente seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.

- *A personalidade jurídica das associações religiosas no Brasil*

Desde que se procedeu a separação da Igreja e Estado, a Santa Sé é pessoa de direito internacional e as associações religiosas simples pessoas jurídicas de direito privado.

⁴ Art. 72, § 3º “Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito commum. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926)”. (BRASIL, 1891).

De acordo com o princípio separação entre a Igreja e Estado é vedado qualquer subvenção, apoio ou embaraço pela União, Estados e Municípios aos cultos religiosos (SCAMPINI, 1978, p. 110).

- *Do casamento civil e as cerimônias religiosas*

De acordo com Scampini (1978, p. 111), o casamento civil foi criado no Brasil pelo Decreto nº 181 de 24 de janeiro de 1890, que permitia a celebração das cerimônias religiosas antes ou depois do ato civil.

O Decreto nº 521 de 26 de junho, do mesmo ano, determinou que o casamento civil precedesse sempre às cerimônias religiosas sob a pena de seis meses de prisão e multa para o celebrante do ato religioso.

O Código Penal de 1890 previa punição à inobservância do procedimento, enquanto que o projeto da Constituição de 23 de junho de 1890 dizia que: “a República só reconhece o casamento civil que precederá sempre as cerimônias religiosas de qualquer culto” (SCAMPINI, 1978, p. 111).

- *Secularização dos cemitérios*

Outro ponto de destaque foi a secularização dos cemitérios, advinda com o Governo Provisório da primeira república que, por meio do Decreto nº 119-A, determinou que os cemitérios fossem administrados pelas prefeituras, ficando livre à todos os cultos religiosos na prática dos respectivos ritos, desde que respeitado a moral e as leis. Tal medida já havia sido prevista na Constituição anterior.

Para não afrontar as Igrejas, o legislador constituinte não quis desapropriar os cemitérios das irmandades católicas que detinha posse dos cemitérios.

- *Ensino religioso*

Quanto ao ensino, na Constituição em estudo, no § 6º do artigo 72, havia previsão de que o ensino ministrado dos estabelecimentos públicos fosse leigo, e não religioso.

Segundo Scampini (1978, p. 118-119), o referido instituto constitucional foi considerado por alguns uma fórmula radical de laicidade, havendo uma interpretação ao texto constitucional por demais de rigorosa, pois o Decreto nº 119-A havia apenas proibido o Estado por escolher entre esta ou aquela religião, mas assegurou a todos o livre exercício da

liberdade religiosa. A laicidade absoluta do Estado é uma forma de intervenção do Estado nas consciências, porque contribui para a formação do espírito leigo, e contrário a qualquer manifestação religiosa.

Contudo, a expressão contida na norma constitucional “estabelecimentos públicos” exclui as escolas particulares, garantindo a liberdade de ensino e de crenças religiosas.

Scampini (1978, p. 148) conclui que o espírito da declaração brasileira de 1891, ofuscada pelo laicismo que aboliu o ensino religioso oficial, seria atuado nas Constituições Republicanas.

- *Representação junto a Santa Sé*

Destaca-se que, quanto à representação junto à Santa Sé, que hoje no Brasil possui personalidade internacional, está reconhecida pelas relações diplomáticas existentes, devendo ser equiparada a Estados estrangeiros, como verdadeira pessoa jurídica de direito público externo.

Na primeira república, inicialmente, com a Constituição de 1891 determinou-se que o Estado era laico, havendo separação absoluta entre Igreja e Estado.

Apesar de o princípio separatista entre Igreja e Estado, Marechal Floriano Peixoto, então representante do Poder Executivo, mantinha representação diplomática no Vaticano, apesar da resistência do Congresso ao defender a constituinte de 1891. Tal determinação constitucional de laicidade foi abrandada com a Constituinte de 1926, que acrescentou que a representação diplomática brasileira junto à Santa Sé não implicava em violação ao princípio da separação.

1.4.2 República nova (1930 -1988)

1.4.2.1 Era Vargas (1930-1937)

Antes da Revolução de 1930, tínhamos o seguinte cenário no nosso País: com o advento da República, as oligarquias dependentes nascidas da nova articulação com o capitalismo tanto no campo, como nos setores financeiros e comerciais impuseram sua hegemonia, sob a liderança da oligarquia do café.

A Igreja Católica, por sua vez, perde todo o seu poder, pois as elites se afastaram rapidamente da mesma, encontrando-se liberalismo no protestantismo e no positivismo,

substitutos para a visão de mundo proposta pelo catolicismo. Desta forma, a Igreja não era mais vista como uma fonte de legitimação do poder do Estado, mas sim, como uma força política contrária aos interesses do Estado e da sociedade, fixando-se uma tendência de rejeitar a Igreja como instituição social (ABREU, 1986, p. 276).

O movimento revolucionário de 1930, no Brasil, ocorreu por um conjunto de instabilidade, gerado pela crise mundial aberta em 1929, que afetou toda a América Latina, qual ocorreram onze episódios revolucionários no período, predominado por militares de 1930 à 1932, o qual se destacou o golpe militar de Uriburu na Argentina, qual influenciou o movimento revolucionário no Brasil como um exemplo a ser seguido.

Assim, a Revolução de 1930 no Brasil foi heterogênea, pois era composta por representantes da força agrária, que lutava por um plano político para que formulasse um programa em seu nome, e a classe média ou burguesia industrial, que deu lastro à aliança liberal (FAUSTO, 2001, p. 181).

Fausto (2001, p. 181) nos ensina que, este período também é conhecido por Estado Getulista. Em outubro de 1930, Getúlio Vargas subiu ao poder e nele permaneceu como chefe do governo provisório, presidente eleito pelo voto indireto e ditador pelo período de quinze anos, voltando à presidência pelo voto popular em 1950, porém não chegou a concluir seu mandato, pois se suicidou em 1954.

No início dos anos 30, o Governo Provisório tratava-se de firmar diante da crise mundial que trazia uma produção agrícola sem mercado e, por consequência, a ruína dos fazendeiros, o desemprego nas grandes cidades, o crescimento das dificuldades financeiras com a queda da receita das exportações e a ausência de moeda conversível (FAUSTO, 2001, p. 185).

1.4.2.2 Constituição de 1934

Diferente da Constituição de 1891, totalmente política, a Constituição de 1934, seguindo nova concepção do direito e do Estado, recebeu influência direta dos abalos sociais provocados pela *Primeira Guerra Mundial* (1914 – 1918).

Conforme nos ensina Lima Lopes (2000, p. 387), o modelo constitucional adotado na Carta de 34 foi o corporativismo. A representação popular dividia-se em Câmara dos Deputados, sendo metade eleita pelo sufrágio universal que, pela primeira vez, incluía

mulheres e a outra metade por representação profissional. Outra inovação histórica, foi a de que, pela primeira vez, havia exigência de concurso público para o ingresso nas carreiras administrativas, do Judiciário e do Ministério Público.

As importantes inovações trazidas pela Constituição de 34 na área da liberdade religiosa figuraram nas emendas religiosas.

Conforme já dito, durante o império a religião católica foi a religião do Estado, com a completa separação e a instalação do regime republicano no Brasil, decretou-se a laicidade do Estado sob a influência da maçonaria e das ideias republicanas na época.

Os constituintes de 1891 não se guiaram pela opinião pública da época, mas se deixaram se arrastar por preconceitos que não representavam a opinião pública, proclamando a completa separação entre Igreja e Estado, violando a consciência religiosa do povo brasileiro (SCAMPINI, 1978, p. 152).

Havia um anseio para que o Estado retomasse sua ligação com a Igreja, não a mesma de outrora, mas uma relação de colaboração entre ambas, pois todos concordavam não ser possível o Estado abrir mão da colaboração religiosa.

- *Separação Estado e Religião*

Na Constituição de 34, em seu artigo 17, incisos II e III, repetiu-se a redação da Constituição anterior, que caracterizava um Estado leigo e livre, e, igualmente, uma Igreja livre, não podendo haver relação de dependência ou aliança, conforme caput do artigo, e sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo, conforme incisos (SCAMPINI, 1978, p. 153).

Igualmente, o artigo 113 da Carta Constitucional, passou a permitir *assistência religiosa* nas expedições militares, hospitais, penitenciárias e o ensino religioso facultativo nas escolas públicas, conforme artigo 153.

Nos sistema de relação entre Estado e Igreja, encontramos três espécies: a) o da Religião Oficial; b) o das relações de dependência ou aliança; c) e o da Religião livre em Estado livre.

Conforme ensinamentos extraídos da obra de Scampini (1978, p. 154), o Estado ateu consiste na hostilização da religião na tentativa de fazê-la desaparecer, ao contrário da laicista

que consiste em não cogitar a existência da religião. Podendo-se comparar o Estado ateu com o Estado Confessional, por ser antidemocrático, antiliberal e antirrepublicano.

O regime de separação ou de liberdade é justamente o sistema do Estado leigo, qual o Estado e Igreja mantêm relações de dependência, aliança ou de interferência recíproca nos respectivos poderes (SCAMPINI, 1978, p. 154).

Apesar de a Constituição de 1891 decretar o laicismo do Estado, observa-se que, na prática, inspirou atitudes opostas, por exemplo, de um lado permitiu o ensino religioso nas escolas públicas oficiais no Rio Grande do Sul, e outro lado, tirou as imagens do Crucificado de todos os tribunais do Júri Popular sob o pretexto de respeitar a laicidade ou o laicismo do Estado, além de retirar do seu preâmbulo a expressão “sob a proteção de Deus” (SCAMPINI, 1978, p. 154).

Contudo, diferentemente da Constituição de 1891, na então nova Constituição de 1934, constou o termo “pondo nossa confiança em Deus”.⁵

- *O exercício livre e público do culto*

Na Constituição da segunda república, conforme artigo 113, § 5º, constou ser inviolável a liberdade de consciência e de crença, e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e os bons costumes.

Segundo Scampini (1978, p. 155-157), o princípio da liberdade de consciência e de crença estava implicitamente reconhecido pela Constituição do Império em seu artigo 79, e explicitamente pela Constituição Republicana de 91, no seu artigo 72, § 28. Assim, na redação da Constituição de 1934 a liberdade de consciência de crença, já garantidas pelas Constituições anteriores, não sofreu qualquer emenda ou contestação, sendo considerado como artigo básico do *Título Religião*.

Contudo, quanto ao livre exercício de culto, apesar de não haver emenda contrária, encontrou divergência quanto ao condicionamento com a “ordem pública e bons costumes”, pois a bancada baiana e gaúcha não queriam incluir restrição a tal liberdade (SCAMPINI, 1978, p. 155-157).

⁵ Preâmbulo: “Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL” (BRASIL, 1934).

- *As associações religiosas: capacidade e personalidade jurídica*

No tempo da monarquia, as associações se regiam pelas leis conhecidas por lei morta, uma espécie de lei exceção que a lei civil submetia. Na Constituição de 91, foi concedida às associações religiosas liberdade de adquirir e manter, porém com restrição para alienação e dispor dos seus bens (SCAMPINI, 1978, p. 157).

Na Constituição em estudo, na segunda parte do parágrafo 5º do artigo 113, previu-se que as associações religiosas adquirem personalidade jurídica de acordo com a lei civil, caindo por terra às restrições contidas nas Constituições anteriores.

- *Demais direitos e restrições às pessoas dos religiosos*

Antes da Constituição de 1934, os eclesiásticos não tinha direito ao voto, conforme seu artigo 138, § 1º, repetição do artigo 70, § 1º da Constituição de 1891. De acordo com Scampini (1978, p. 158), tratava-se de uma restrição odiosa que fora impugnado pelos Constituintes de 1934.

Das leis e decretos da época, o Decreto nº 21.076 de 24 de fevereiro de 1932 que instituiu o Código Eleitoral, em seu artigo 4º foi um dos poucos que não faziam restrição, não privando os religiosos e congregados do direito ao voto, podendo assim, votar nas eleições para a Assembleia Constituinte de 1934 (SCAMPINI, 1978, p. 158).

Quanto ao serviço militar dos religiosos, previa o artigo 163 da Constituição de 34, que o mesmo seria prestado com assistência espiritual e hospitalar às forças armadas. (SCAMPINI, 1978, p. 160)

- *Do casamento civil e as cerimônias religiosas*

O casamento era tido como uma instituição de origem divina e o exercício das cerimônias nupciais era um privilégio do sacerdócio, sistema este que continuou até a Revolução Francesa que transformou o matrimônio em simples contrato e estabeleceu o casamento civil (SCAMPINI, 1978, p. 166).

Na Constituição de 1934, em seu artigo 146, o casamento seria civil e gratuita a sua celebração, mantendo nesse aspecto a separação entre Estado e Igreja, garantindo que as pessoas não religiosas ou de outra religião, pudessem se casar sem qualquer obstáculo. No seu texto, o referido artigo previu ainda, que o casamento celebrado perante qualquer ministro de

qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem pública ou os bons costumes, produzirá os mesmos efeitos do casamento civil.

Havia, ainda, a questão da dissolução do casamento, que foi incluída no texto constitucional como indissolúvel no caput do artigo 144, qual dizia que a família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção do Estado. Contudo, em seu parágrafo único, constou que, os casos de desquite e anulação seriam regulados pela legislação civil.

- *Ensino religioso*

Quanto ao ensino religioso, previu o artigo 153 da Constituição de 1934, que o mesmo teria frequência facultativa, e seria ministrado de acordo com a confissão religiosa do aluno, que seria manifestada pelos pais ou responsáveis. O referido artigo ainda previu que o ensino religioso constituiria matéria dos horários nas escolas públicas primárias, secundárias, profissionais e normais. Foi o que aconteceu inicialmente no Rio Grande do Sul, antes mesmo da promulgação da Constituição de 34, porém com a nova Constituição, o ensino religioso, sobretudo nas escolas públicas passou a ter a proteção constitucional que antes não tinha (SCAMPINI, 1978, p. 182-183).

- *Dos cemitérios*

A República instituiu a secularização dos cemitérios no artigo 72, § 5º da Constituição de 1891, sendo mantido tal secularização, pelo Anteprojeto Governamental em seu artigo 106, § 6º, suprimindo a restrição “desde que não ofendam a moral pública e as leis”.

Assim, o § 7º do artigo 113 da Constituição de 34 previu que:

[...] os cemitérios terão caráter secular e serão administrados pela autoridade municipal, sendo livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes. As associações religiosas poderão manter cemitérios particulares, sujeitos, porém, à fiscalização das autoridades competentes. É lhes proibida a recusa de sepultura onde não houver cemitério secular.

- *Representação junto a Santa Sé*

A Constituição de 34 manteve a representação diplomática do Brasil junto à Santa Sé, por meio do seu artigo 176, em nada alterando o teor da Constituição de 91 quanto a este aspecto.

1.4.2.3 Ditadura militar (1937-1945)

O fim do primeiro governo da *Era Vargas* foi influenciado por fatores externos, sobretudo pelos Estados Unidos que não tinham confiança nos governos latino-americanos, especialmente o de Juan Domingo Peron, na Argentina e Getúlio Vargas, no Brasil.

Conforme ensinamentos de Fausto (2001, p. 214-215), a queda de Getúlio não seu deu exatamente por uma conspiração externa, mas foi resultado de um jogo político complexo, sendo forçado a renunciar, retirando-se do poder, inclusive fazendo uma declaração pública dizendo que concordava com sua saída.

Com a queda de Getúlio Vargas ficou mantido as eleições já previstas, para 02 de dezembro de 1945, deixando-se o poder transitoriamente nas mãos do presidente do Supremo Tribunal Federal.

As eleições de 1945 despertaram um grande interesse na população depois de anos de ditadura, havendo dois candidatos, o Brigadeiro Eduardo Gomes e o General Dutra, que após a contagem de votos culminou na eleição do último (FAUSTO, 2001, p. 219-220).

1.4.2.4 Constituição de 1937

A Constituição de 1937 foi outorgada num golpe de Estado ocorrido em 10 de novembro do mesmo ano, durante a campanha presidencial de Getúlio Vargas, suprimindo qualquer menção à Deus, sua proteção ou confiança, apenas trazendo justificativas para a realização daquele Golpe de Estado.

Lima Lopes (2000, p. 388) nos ensina que tal Carta Constitucional fora redigida por Francisco Campos, e caracterizava-se tal Constituição como centralizador e antifederal. Tanto que as instituições representativas previstas na mesma nunca chegaram a funcionar, pois sequer foi eleito o Parlamento.

Segundo Scampini (1978, p. 197), o então presidente, que se pôs no poder, deixou de submeter o texto da Constituição ao plebiscito nacional, de realizar eleições previstas, e de Constituição Parlamento, qual nunca se reuniu durante o novo Estado. E conclui, que “de 1937 a 1945, o Brasil viveu praticamente sem Constituição, sob o domínio incontestável da ditadura”.

- *O laicismo do Estado*

A Constituição de 1937 repete o texto da Constituição de 1891, suprimindo o texto introduzido pela Constituição de 34, reafirmando o laicismo da Carta de 91. Segundo Scampini (1978, p. 198), todas as Constituições brasileiras levam no Preâmbulo a invocação do nome de Deus, com exceção das Constituições de 1891 e 1937.

A então nova Carta constitucional riscou o progresso da liberdade religiosa alcançada pela Constituição de 34. Nos dizeres de Pontes de Miranda (1971 p. 125 apud SCAMPINI, 1978, p. 198), a Constituição 1937 saltou a Carta de 1934 e regressou à Constituição de 1891 no que se refere a laicidade do Estado.

Quanto à representação diplomática, qual havia previsão nas Constituições de 91 e 34, a Constituição de 37 silenciou-se sobre o assunto.

A Carta de 37 também não se manifestou sobre o casamento, civil ou religioso, deixando tal matéria para a legislação infraconstitucional.

- *Liberdade de culto*

Retrocedendo os avanços trazidos pela Constituição de 34, que afirmava largamente a liberdade religiosa, em seus três aspectos, ou seja, liberdade de consciência, crença e o livre exercício de cultos religiosos, a Constituição de 37 apenas assegurou a liberdade de culto, conforme ensinamentos de Scampini (1978, p. 200). Tal autor conclui que a explicação para este fato seria que a Carta de 37 difere de todas as outras Constituições, seria o seu caráter artificial, inatural, arbitrário e ditatorial.

Sobre a liberdade religiosa, de acordo com os ensinamentos de Pontes de Miranda (1971, p. 108 apud SCAMPINI, 1978, p. 200):

a propriedade que não é liberdade, é uma garantia constitucional; liberdade de comerciar que é falsa liberdade, por ser estranha extensão da personalidade, é garantia constitucional. Mas a liberdade física e a de consciência, a liberdade de emissão de pensamento e as outras mais, essas são verdadeiras liberdades e não são simples garantias ou concessões do Estado, mas direitos inerentes à pessoa humana e que estão acima dos direitos do Estado.

- *As associações religiosas: capacidade e personalidade jurídica*

A Constituição de 37 repetiu o texto da Constituição de 91, quanto as associações religiosas, apresentando uma verdadeira involução relacionado às associações religiosas.

Conforme texto do artigo 122 da Carta de 37, “todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições legais”.

Não há menção no texto sobre a possibilidade de venda ou disposição, tão somente adquirir, uma restrição que não se justifica diante do princípio da liberdade religiosa (SCAMPINI, 1978, p. 201).

- *Do casamento civil e as cerimônias religiosas*

O instituto do casamento, estava previsto na Constituição de 37, do artigo 124 ao 127, prevendo o primeiro artigo mencionado a indissolução do casamento, e que o mesmo constitui a família, esta que está sob a proteção especial do Estado. Não há menção sobre a validade de casamentos religiosos, aplicando-lhes efeito civil.

Os demais artigos subsequentes previam obrigações dos pais para com seus filhos, tais como, manutenção, educação da “prole”, bem como fazia previsão a proteção dos menores pelo Estado nas demais disposições.

- *Dos cemitérios*

Dentro do capítulo *Dos Direitos e Garantias Individuais* da Constituição de 1937, mais especificamente no parágrafo 5º do artigo 122, houve previsão de que os cemitérios teriam caráter secular, e seriam administrados pela autoridade municipal.

Mais uma vez, a Carta de 37 repete o texto da Constituição de 1891, em parte, pois eliminou de sua redação o seguinte trecho: “ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes, desde que não ofendam a moral pública e as leis” (SCAMPINI, 1978, p. 202-203).

Scampini (1978, p 202) conclui que, na Constituição de 37 com a exclusão de parte da redação do artigo 72, § 5º da Constituição de 1891, não tornou-se absoluta a garantia constitucional do exercício de cultos em cemitérios pois, na então Constituição vigente não continha qualquer princípio de liberdade de culto; segundo Pontes de Miranda (1971, p. 134 apud SCAMPINI, 1978, p. 202), apesar da opinião de outros autores no sentido de que o

direito ao exercício livre de cultos religiosos nos cemitérios estava implícito no artigo em questão da Carta de 37.

- *Ensino religioso*

A Constituição de 37 previu em seu artigo 133, que o ensino religioso poderia ser contemplado como matéria do curso ordinário das escolas primárias, normais e secundárias, porém sem obrigatoriedade para mestres ou alunos. Tal artigo se assemelha ao da Constituição de 1934, reafirmando o caráter facultativo do ensino religioso.

1.4.2.5 República populista (1945-1964)

Após a deposição de Getúlio Vargas, ocorrida em 29 de outubro de 1945, foram convocadas as eleições, despertando grande interesse da população depois de anos de ditadura. O novo presidente eleito nas eleições de 45 que assumiu a presidência do Brasil foi o General Eurico Gaspar Dutra.

O governo Dutra seguiu um modelo liberal que foi condenado a intervenção estatal sendo abolidos os controles então estabelecidos pelo Estado Novo, pois se acreditava que o desenvolvimento do país dependia da liberdade dos mercados (FAUSTO, 2001, p. 222).

Conforme nos ensina Bonavides (2011, p. 367), o golpe de Estado de 45 introduziu outra fase da restauração constitucional do sistema representativo, por obra de uma Assembleia Constituinte eleita em 2 de dezembro do mesmo ano da nova Constituição promulgada na chamada Terceira República. Foi promulgada, assim, a nova Constituição da República em 18 de setembro de 1946, que previa entre suas novas regulamentações, a igualdade perante a lei, ausência de censura, garantia de sigilo em correspondências, liberdade religiosa, liberdade de associação, extinção da pena de morte e separação dos três poderes.

1.4.2.6 Constituição de 1946

A Constituição de 1946, considerada com uma das mais avançadas para o seu tempo, veio a substituir a Constituição anterior, pois a Constituição de cunho autoritário não era mais adequada para o Brasil que precisava de uma nova carta constitucional, fato que motivou o então presidente à convocar a Assembleia Nacional Constituinte, realizando-se uma nova eleição, qual foram eleitos diversos intelectuais, inclusive comunistas, para que se pudesse promulgar uma nova Constituição brasileira (CYSNE, [200?]).

- *A independência religiosa do Estado*

O artigo 31 da Constituição de 1946, em seus incisos II e III⁶ previa ser vedado à União, Estados e Municípios estabelecer e subvencionar, ou embaraçar o exercício de cultos religiosos, bem como, ter relação de aliança ou independência com culto ou Igreja, sem prejudicar a colaboração recíproca em favor do interesse coletivo. Com esta redação, reafirma-se o princípio da separação de Estado e Igreja e o da colaboração do Estado com a Igreja em prol do bem comum.

O inciso II do referido artigo, refaz o artigo 1º do Decreto 119-A promulgado pelo governo provisório em 1890, quanto à separação do Estado e Igreja, repetindo-se nas Constituições de 1891, 1934, e 1937, representando a independência religiosa uma conquista definitiva da República (SCAMPINI, 1978, p. 212).

A Constituição de 34 estabeleceu que a independência religiosa do Estado estava em desacordo com a colaboração com a Igreja, porém tal colaboração já existia na prática. Desta forma, o princípio da colaboração intrínseco na Carta de 34, subtraído da Constituição de 37, reaparece na Carta de 46.

- *O exercício livre e público do culto*

Na Constituição 1946, no capítulo *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, o § 7º do artigo 141 previu expressamente a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos.

Assim, a Carta de 1946 trouxe uma liberdade religiosa mais abrangente do que outras Constituições, tais como a de 1891 e 1937, repetindo o que já fora garantido pela Constituição de 34, trazendo além da liberdade de culto, a liberdade à crença. Contudo, restaram restrições à referida liberdade, a saber: “salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes”. Prevendo, ainda, que as associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil.

Segundo Scampini (1978, p. 215), até os adjetivos são bem empregados na redação utilizada do instituto em questão, pois as liberdades de consciência e de crença estão

⁶ Art. 31 - A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: II - estabelecer ou subvencionar cultos religiosos, ou embaraçar-lhes o exercício; III - ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto ou igreja, sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo; (BRASIL, 1946).

qualificadas como invioláveis, e o exercício de cultos religiosos apenas qualificados como livre e conclui:

[...] a liberdade religiosa compreende em seu plano próprio o gozo de muitas outras liberdades separadamente asseguradas, como a de pensamento, de reunião, de associação e de ensino. Todas as religiões tem esses direitos, mas nenhuma poderá exercê-la preterindo, ameaçando ou restringindo idênticos direitos assegurados às outras regiões.

O § 8º do artigo 141, previu ainda, direito à escusa de consciência, ou seja, que ninguém poderia ser privado de nenhum de seus direitos por convicção religiosa, filosófica ou política. Contudo, há algumas restrições trazidas no referido dispositivo, tais como: “salvo se invocar para eximir de obrigações, encargo ou serviço, impostos pela lei aos brasileiros em geral ou recusar o que ela estabelecer e substituição [...]”.

Houve previsão, no artigo 129, inciso I e II da Carta de 46, sobre a assistência religiosa a ser prestada às forças armadas quando solicitada.

- *Dos cemitérios*

Ainda, o artigo 141, em seu § 8º, previu sobre a secularização dos cemitérios e de sua administração pelas municipalidades, permitindo-se a todas as confissões religiosas, bem como a existência de cemitérios particulares, igualmente previsto na Constituição de 34.

- *Personalidade jurídica das associações religiosas*

O artigo 141 em seu § 7º estabeleceu que a personalidade jurídica das associações religiosas seriam adquiridas na forma da lei civil.

Ademais, o artigo 196 da Constituição de 46 tratou sobre a manutenção da representação diplomática junto à Santa Sé, transcrevendo exatamente o texto da Constituição de 34.

- *Do casamento religioso e seus efeitos*

Quanto aos efeitos civis do *casamento* religioso, o artigo 163, em seus parágrafos, previu duas hipóteses: a primeira subordina o processo desde o seu início às prescrições da lei civil, sendo o ato religioso, presidido por sacerdote ou ministro religioso; a segunda hipótese seria o casamento religioso, com rito próprio, com eficácia civil dependente de prévia habilitação de autoridade competente.

Ainda, previu sobre o serviço militar para os eclesiásticos, estabelecendo que seria cumprido nos serviços das forças armadas ou assistência espiritual.

Assim, a Constituição de 1946, durante 20 anos conquistou a simpatia nacional, não só dos juristas e dos operadores do direito, mas também do povo, representando verdadeiro progresso no desenvolvimento da liberdade religiosa (SCAMPINI, 1978, p. 225).

1.4.4.7 Governo Militar (1964-1988)

Apesar de a Constituição de 46 ser aplaudida na época, a chamada terceira república fora a mais conturbada no cenário político.

Com o fim do mandato do presidente Dutra, houve novas eleições, voltando ao poder Getúlio Vargas. O mandato presidencial de Getúlio fora interrompido de forma trágica ao se suicidar em 24 de agosto de 1954. Novas eleições foram realizadas em 1955, sendo eleito Juscelino Kubitschek. Seu governo foi considerado estável e com grande perspectiva de crescimento econômico do país, como a construção de Brasília, tanto que seu governo tinha como slogan *Cinquenta anos em Cinco* uma alusão ao crescimento rápido do país durante seu mandato.

Após os primeiros anos de crescimento exorbitante da economia, e com a industrialização no país, o produto interno bruto do país no governo de Juscelino atingiu altos índices. Contudo, com os gastos exorbitantes, sobretudo para a construção de Brasília, com o programa de industrialização e problemas relacionados ao comércio exterior, o PIB começou a cair acompanhado de uma inflação cada vez maior.

Realizada novas eleições em 1960, Juscelino não conseguiu a vitória de seu candidato, vindo a se eleger o novo presidente do Brasil, com expressiva votação, o então candidato Jânio Quadros, que tinha como vice João Goulart. Este último que veio a substituir o presidente eleito após renúncia depois de apenas 07 meses de governo, iniciando uma grave crise política (FAUSTO, 2001, p. 232-240).

Após, veio o movimento de 31 de março de 1964, aparentemente para tirar o país da corrupção e do comunismo, para restaurar a democracia, por meio de um golpe militar.

O novo regime começou a mudar as instituições do país por meio dos chamados *Atos Institucionais* (AI), usado como justificativa do exercício do Poder Constituinte inerente a todas as revoluções (FAUSTO, 2001, p. 257).

1.4.2.8 Constituição de 1967

Após a tomada do poder pelos militares, sobreveio nova Constituição, a Carta de 1967, outorgada em 24 de janeiro daquele ano, com sua vigência em 15 de março, data da posse do novo Presidente da República, o Marechal Arthur da Costa e Silva, eleito pelo Congresso Nacional em outubro de 1966.

O espírito da Constituição de 67 era liberdade com autoridade. Ela se iniciou com a Revolução de 64, com a ação do povo contra os desregramentos, não tendo característica de revolução social nem constituiu qualquer movimento político previamente delineado, ou seja, não tinha uma filosofia própria, apenas metas, tais como, combate a subversão e corrupção, restabelecimento da hierarquia militar de ordem civil (SCAMPINI, 1978, p. 232-233).

Posteriormente, sucederam-se reformas no plano político, social, econômico, jurídico e administrativo, que refletiu diretamente na aludida Constituição por meio da Emenda Constituição nº 1, de 17.10.1969.

Scampini (1978, p. 233) explica que, para conciliar a liberdade com autoridade, a Constituição em estudo possuía dois princípios: a interdependência e cooperação dos Poderes, o oposto da clássica divisão dos Poderes de Montesquieu, pela sua teoria de “freios e contrapesos” e a manutenção no seu teor tradicional dos Direitos e Garantias Individuais (SCAMPINI, 1978, p. 233).

- *Separação Estado e Religião*

Quanto à separação de Estado e Igreja, o inciso II do artigo 9º da Constituição de 67, vedou que os Estados, Distrito Federal, Municípios estabelecessem, subvencionassem ou embaraçassem o exercício de cultos religiosos ou igrejas, bem como mantivesse com eles ou seus representantes, relações de dependência ou aliança.

Desta forma, quanto a separação entre Estado e Religião, a Carta de 67, manteve o espírito das Constituições de 91, 34, 37 e 46 referente a proibição de organizar e prover ou atrapalhar cultos religiosos, e manter relação de aliança ou dependência. Contudo, foram estendidas essas proibições ao Estado para com os seus representantes das religiões.

O princípio da colaboração entre o Estado e Igreja, previsto nas Constituições de 34 e 46, sequer apareceu no texto de 67; na Emenda de 69 apareceu como restrição, delegando sua

regulamentação à lei federal, ao contrário das referidas Constituições, qual a norma se encontra nas cartas constitucionais (SCAMPINI, 1978, p. 234-235).

- *Liberdade Religiosa*

Dentro do Capítulo IV *Dos Direitos e Garantias Individuais* da Emenda de 69, no seu artigo 153, estava previsto diversos direitos relacionados à liberdade religiosa, entre eles, nos parágrafos quinto, sexto e sétimo do aludido artigo. No § 5º, previu-se ser plena a liberdade de consciência, ficando assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos que não contrariarem a ordem pública e os bons costumes.

Mais uma vez, dentro do texto constitucional, havia uma limitação quanto ao exercício de cultos religiosos, sendo assegurados os mesmos desde que não contrariem a ordem pública e os bons costumes.

Scampini (1978, p. 236) nos ensina que a Emenda de 69 não traz em seu texto, expressamente, a liberdade de crença, porém faz referências que supõe tal liberdade, pois o parágrafo primeiro do artigo 153 prevê que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas [...]”.

O parágrafo 6º do artigo 153 previa que ninguém seria privado de qualquer de seus direitos por motivo de crença religiosa, convicção filosófica, ou política, salvo se invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta. A parte final do referido dispositivo, prevê ainda que, caso isso aconteça a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência.

Dentro do artigo 153, o parágrafo 7º previa sobre *assistência religiosa* que, sem caráter de obrigatoriedade, seria prestada as forças armadas e auxiliares, nos estabelecimentos de internação coletiva aos interessados que solicitarem direta ou indiretamente.

- *Casamento*

A emenda Constitucional de 69, no Título IV, intitulado de *Da Família, da educação e da Cultura*, previa a constituição da família pelo *casamento* e sua proteção pelo Estado (art. 175), a organização do ensino no país (art. 177), e o amparo a cultura como dever do Estado (art. 180), entre outros direitos relacionados à tais assuntos.

O artigo 175, e seus incisos previam sobre o *casamento* que, pelo seu caput, constituía a família e era protegido pelos Poderes Públicos, bem como, indissolúvel (§ 1º).

Os §§ 2º e 3º previam a gratuidade da celebração do casamento civil, e a equivalência do casamento religioso ao civil, desde que inscrito registro público ou prévia habilitação perante a autoridade competente.

Sobre a indissolubilidade do casamento, Pontes de Miranda (1967, p. 308-313 apud SCAMPINI, 1978, p. 240) ensina que a lei previu tal caráter ao casamento por influência religiosa, que trata tal ato como sacramento, não existindo princípio ou direito natural que possa explicar a indissolubilidade, apenas razão de ordem religiosa.

- *Ensino Religioso*

À respeito do *ensino religioso*, o mesmo era previsto no artigo 176 e seguintes da Emenda de 69. Neste tema, destaca-se o inciso IV do § 3º do aludido artigo que previa a matrícula do ensino religioso era facultativa, e constituiria disciplina nos horários normais das escolas oficiais de grau primário e médio.

O ensino da Educação Moral e Cívica, disciplina ligada ao ensino religioso, tornou-se obrigatória em todos os graus de escolarização, seja como disciplina, seja como prática educativa, com o advento do Decreto nº 869/69 de 12 de setembro (SCAMPINI, 1978, p. 242).

1.4.3 Nova república (1988 à atual)

Apesar do, então, Governo Militar ter tomado o poder por meio do Golpe de 64, os militares não governavam sozinhos, mas também com a ajuda de civis, formuladores da política econômica, como Delfin Netto e Mario Henrique Simonsen (FAUSTO, 2001, p. 284).

Diante da crise econômica no país, inflação alta, dívida externa exorbitante e desemprego iniciou-se o movimento para eleições diretas pelos partidos PMDB e PDS, qual foi abraçado pela sociedade que começou ir para as ruas para pedir a volta de eleições diretas (DUARTE, [200?]).

Em 1984, apesar do movimento *Diretas Já*, houve eleições indiretas, tendo dois civis como candidatos, Paulo Maluf e Tancredo Neves, indicados pelos partidos que começaram o movimento das eleições diretas, sendo que a eleição foi vencida pelo último.

A posse do novo presidente estava marcada para 15 de março de 1985, mas apesar de vencer a eleição, Tancredo Neves não assumiu a presidência, pois sofreu problemas de saúde, vindo a falecer em 21 de abril daquele ano.

Quem assumiu a presidência, inicialmente, de forma interina, foi José Sarney, na qualidade de vice-presidente e, após o falecimento de Tancredo tornou-se presidente (FAUSTO, 2001, p. 285).

Em maio de 1985, foi estabelecida pela legislação brasileira as eleições diretas, aprovando o direito ao voto o analfabeto e a legalização de todos os partidos, inclusive PCdoB e PCB.

Em novembro de 1986, ocorreram as eleições para Assembleia Constituinte, das quais seriam eleitos senadores e deputados que seriam encarregados de elaborar a nova Constituição (FAUSTO, 2001, p. 286).

1.4.3.1 Constituição de 1988

A Constituição vigente consagra o direito à liberdade religiosa, desde que o mesmo esteja em consonância com os valores supremos e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (SORIANO, 2002, p. 85).

- *Separação Estado e Religião*

A princípio, foi mantida a separação de Estado e Igreja, ou seja, o Brasil como um Estado laicista; contudo, verificamos menção à “Deus” e respeito à liberdade religiosa e direito dela decorrentes na presente Carta Constitucional. A começar pelo Preâmbulo⁷ que invoca à proteção de Deus ao promulgar a Constituição da República Federativa do Brasil. Todavia, tal tratamento não foi diferente nas outras Constituições brasileiras ditas laicista, conforme já vimos no presente estudo.

⁷Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, 1988).

Sobre a separação entre o Estado e Religião, o artigo 19, em seu inciso I⁸ reafirma tal separação, ao mencionar que é proibido subvencionar, manter diretamente ou indiretamente, por meio de seus representantes, relação de dependência ou aliança. Da mesma forma, o referido inciso prevê que é também proibido causar embaraço. Portanto, da mesma forma que o Estado não pode ajudar, também não pode atrapalhar os cultos religiosos. Na parte final do dispositivo em questão, há previsão de uma exceção à proibição imposta, no sentido de que, há colaboração do interesse público, na forma da lei.

Pontes de Miranda (1971, p. 185 apud DA SILVA, 2000, p. 255) esclareceu o sentido de várias prescrições nucleadas nos verbos dispositivos, tais como:

[...] estabelecer cultos religiosos se refere a criar religiões ou seitas, ou fazer igrejas ou quaisquer postos de prática religiosa, ou propaganda. Subvencionar cultos religiosos está no sentido de concorrer com dinheiro ou outros bens da entidade estatal para exercício da atividade religiosa; Embaraçar o exercício de cultos religiosos, significa vedar, dificultar, limitar, restringir a prática, psíquica ou material de atos ou manifestação de pensamentos religioso.

Desta forma, com a reafirmação da separação de Igreja e Estado pela Carta de 88, pode-se concluir que a intenção do Poder Constituinte era que o Estado adotasse um caráter laico.

- *Liberdade religiosa*

Sobre a liberdade religiosa, o inciso VI do artigo 5º, prevê ser inviolável a liberdade de consciência e de crença, bem como, assegura o livre exercício dos cultos religiosos sendo garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

Tal previsão à *liberdade religiosa* está dentro do Capítulo *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, prevendo, de forma ampla, tal liberdade, garantindo não só a liberdade de consciência de crença, como também assegurando o exercício dos cultos religiosos, e protegendo os locais destinados para os cultos.

No citado dispositivo constitucional, não se constou, expressamente, a limitação à tal liberdade “desde que não contrariem a ordem pública e os bons costumes”, como presente em outras Constituições já estudadas. Segundo Bastos (2001, p. 56), apesar de não constar tal

⁸ Art. 19 É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei a colaboração de interesse público. (BRASIL, 1988).

limitação em tal dispositivo, tal omissão exclui do direito vigente, que remanescem por implicitude, ou seja, não significa que a Constituição esteja à proteger cultos que agridam tais valores.

- *Casamento*

O artigo 226, previu a família como base da sociedade, tendo proteção especial do Estado, prevendo ser o casamento, civil e gratuita sua celebração; ademais, o casamento religioso tem efeito civil nos termos da lei; é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, para proteção do Estado, devendo ser facilitada sua conversão em casamento;⁹ e também a comunidade entre pais e seus descendentes; direitos e deveres iguais para homens e mulheres na sociedade conjugal; dissolução do casamento pelo divórcio.¹⁰

O § 7º do referido artigo prevê que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas. Enquanto que o § 8º, prevê que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

- *Assistência religiosa*

A assistência religiosa é prevista no artigo 5º, no Capítulo *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, no inciso VII, que é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva.

- *Ensino religioso*

O § 1º do artigo 210, prevê que a matrícula é facultativa, e que constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

Também o artigo 5º da Carta de 88, no inciso VIII, prevê a escusa de consciência, qual diz que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção

⁹ Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 4277 DF.

¹⁰ Acrescido pela Emenda Constitucional 66 de 2010.

filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

O artigo 143, prevê que o serviço militar é obrigatório, e no seu § 1º, que compete às Forças Armadas atribuir serviço alternativo aos que, alegarem “imperativo de consciência”, decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, em tempo de paz e após alistados, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

2 LIBERDADE RELIGIOSA E O DIREITO COMPARADO

2.1 Notas introdutórias

Importante trazeremos ao presente trabalho o comparativo entre Constituições de outros países quanto a liberdade religiosa e a adoção do regime pelos Estados quanto a separação do mesmo com a religião.

A América Latina é composta de 20 países, a saber: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Haiti, Honduras, Guatemala, El Salvador, Equador, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela.

A sequência histórica da declaração da independência desses países foi a seguinte: Haiti (01/01/1804), Colômbia (20/07/1810), Chile (18/09/1810), México (16/10/1810), Paraguai (15/05/1811), Venezuela (05/07/1811), Argentina (09/07/1816), Peru (28/07/1821), República Dominicana, El Salvador, Costa Rica, Guatemala, Honduras e Nicarágua (todos em 15/09/1821), Panamá (28/11/1821), Brasil (07/09/1822), Bolívia (06/08/1825), Uruguai (25/08/1825), Equador (05/09/1830) e Cuba (10/12/1898) (ORO; URETA, 2007).

Quanto ao aspecto religioso, a América Latina é uma região profundamente cristã; dentre os 20 países repertoriados, 13 deles, com exceção de Cuba, Haiti, Uruguai, República Dominicana, Chile, Colômbia e México, fazem referência à invocação a Deus nos Preâmbulos das respectivas constituições (ORO; URETA, 2007).

Dos países da América Latina, 03 deles adotam o regime Igrejas de Estado, sendo elas Argentina, Bolívia e Costa Rica; os demais adotam o regime de separação entre Estado e Igreja, sendo alguns deles uma laicidade mais flexível, como é o caso do Brasil, outros um laicismo efetivo, como é o caso do Uruguai, país este qual passamos a estudar.

2.2 Uruguai

O regime adotado pelo Uruguai é o laicista; todavia, difere do laicismo adotado pelo Brasil, qual há separação entre Estado e Igreja prevista expressamente no inciso I do artigo 19 da Constituição Federal de 1988, contudo com diversas passagens, no próprio texto constitucional, que aproxima a Igreja do Estado, porém é vedado subvencionar cultos religiosos, bem como, interferir em questões religiosas.

O Uruguai era um estado confessional, como a maioria dos países vizinhos, e veio a separar Estado e Igreja em um movimento laicista que vigorava nos países da América Latina no final do século XIX e início do século XX, que era uma forma de consolidação dos Estados recém declarados independentes (SILVA; FONTENELE, 2007).

Medidas jurídicas foram adotadas para a concretização do Estado secularizado Uruguai, como, a lei do divórcio restrita a solicitação masculina (1907) que passou a ser solicitada também pela mulher (1913); o ensino laico que era garantido em todos os níveis educacionais e, o catecismo foi abolido das escolas públicas (1909). Por fim, a formação do Estado laico uruguaio institucionalizou-se com a Constituição de 1917 (SILVA; FONTENELE, 2007).

A religião católica era dominante nos países da América Latina neste período, porém, o Uruguai sofreu menor influência política da Igreja, o que favoreceu a tomada das medidas jurídicas acima mencionadas.

A Constituição vigente no Uruguai é datada de 1967, modificada em 2004 e prevê em seu artigo 5º, redação dada pelo constituinte original, de forma expressa a separação entre o Estado e a Igreja, bem como, garantia da liberdade religiosa, conforme texto original abaixo:

Todos los cultos religiosos son libres en el Uruguay. El Estado no sostiene religión alguna. Reconoce a la Iglesia Católica el dominio de todos los templos que hayan sido total o parcialmente construídos con fondos del Erario Nacional, exceptuando sesólo las capillas destinadas al servicio de asilos, hospitales, cárceles u otros establecimientos públicos. Declara, asimismo, exentos de toda clase de impuestos a los templos consagrados al culto de las diversas religiones.¹¹

Assim, o referido artigo prevê que todas as seitas religiosas são livres, e o Estado não possui religião oficial, isentando de impostos os templos de cultos religiosos de qualquer religião; prevendo, ainda, que a Igreja Católica reconhece todos os templos construídos com fundos do erário nacional.

Neste movimento de secularização houve substituição de feriados santificados por outras comemorações no calendário nacional, alteração que exemplifica a intervenção

¹¹ Todas as seitas religiosas são livres no Uruguai. O Estado não detém qualquer religião. Igreja Católica reconhece o domínio de todos os templos que foram total ou parcialmente construídos com recursos do Tesouro Nacional, excetuando-se apenas as capelas destinados a ser utilizados em lares de idosos, hospitais, prisões e outros estabelecimentos públicos. Também declarou isentos de qualquer imposto de templos dedicados ao culto das várias religiões. (tradução nossa).

administrativa no cotidiano dos uruguaios em sintonia com as reformas jurídicas e administrativas de regulamentação de um Estado laico constituído inicialmente ligado a Igreja Católica. O novo calendário uruguaio de 1919 estabelecia que o feriado de 06 de janeiro, Dia de Reis, passava a ser Dia das Crianças; a Semana Santa Católica modificava-se para Semana do Turismo; 8 de dezembro, Dia da Virgem Maria, passou a ser Dia das Praias e finalmente o Natal para os uruguaios, 25 de dezembro, tornou-se Dia da Família. Além das modificações feitas no calendário, nomes de ruas e cidades que tinham nomes de santos foram renomeados, assim a cidade de Santa Isabel passou a ser Paso de los Toros. Outras ações de autoridades uruguaias foram: a proibição de cruzeiros em espaços públicos (como nas Assembleias Legislativas) e a criação de hospitais, casas de apoio a desabrigados entre outros, sem a presença de imagens santificadas, crucifixos e sem a presença de sacerdotes (SILVA; FONTENELE, 2007).

Assim, nosso país vizinho se destacou pela laicidade adotada, de forma a expor esta laicidade como bandeira pelos governantes do Uruguai, verdadeiro motivo de orgulho nacional, diferentemente dos seus países vizinhos, inclusive o Brasil.

O Brasil, como veremos no decorrer do presente estudo, apesar de adotar o Estado laico na mesma época do Uruguai, para alguns não passou de mera secularização, havendo apenas a separação entre Estado e Igreja e a não decretação de um Estado laico, pois não adotou medidas jurídicas como o Uruguai, para modificar os feriados católicos, nome de cidades que fazem alusão à santos católicos, nem mesmo aboliu ensino religioso que é ainda previsto na nossa atual Constituição.

2.3 Argentina

Ao estudarmos a Constituição Argentina, verificamos que o Estado Argentino possui estreito vínculo com a Igreja Católica, pois diz, expressamente, em seu texto constitucional vigente que apoia a fé Católica Romana, se tornando um dos poucos Estados Confessionais na América Latina, juntamente com a Bolívia e Costa Rica.

Assim, percebemos uma influência maior nesses países da Igreja Católica, diferentemente, dos demais países latino-americanos, que passaram pelo processo de secularização e declaração da Laicidade do Estado perante a Igreja ainda na primeira metade do século XX.

A conformação do Estado nacional na Argentina coincidiu temporalmente com a queda do Império no Brasil. Esses acontecimentos simultâneos vieram acompanhados de novas correntes ideológicas, no caso o liberalismo, bem como, da ideia de se formar um Estado moderno que, para isso, entendiam ser necessário romper com a Igreja.

Contudo, na Argentina, o liberalismo se constituiu no paradigma que forneceu um marco ideológico ao programa do governo nos campos da economia, a cultura e a religião. No terreno religioso, a política do presidente Júlio Roca teve um caráter nitidamente secular. Em 1881, foi decretada a *Lei de Registro Civil* e, três anos depois, a Lei nº 1420, que estipulava a exclusão do ensino religioso nas escolas públicas e assentava as bases da educação obrigatória e laica. Em 1888, foi instaurado o matrimônio civil. Os mentores dessas legislações e os principais ideólogos da *Geração dos 80* imaginavam a Argentina como um país moderno, onde a religião não podia transcender os assuntos privados dos indivíduos. A Igreja representava o hispânico e o mundo tradicional (ESQUIVEL, 2003, p. 204).

O fato de o Estado argentino não ter sancionado a separação formal em relação à Igreja não constitui uma circunstância que deva ser subestimada. Ao não renunciar aos poderes que o sistema de padroado lhe havia conferido, o aparelho estatal preferiu conservar certo grau de ingerência sobre a instituição religiosa (ESQUIVEL, 2003, p. 204).

Na história do Catolicismo da Argentina, destaca-se a passagem do governo de Juan Domingo Perón (1946-1955); principalmente em seu primeiro governo, que refletiu o alto grau de complementaridade entre o poder político e o poder eclesiástico, quais se entendiam mutuamente, e os interesses eram convergentes (ESQUIVEL, 2003, p. 208).

Nas missas oficiais da Igreja havia sempre a presença presidencial e, em contrapartida, a Igreja Católica costumava ser retribuída com celebrações religiosas nos comícios do governo, e nas comemorações das “datas peronistas”. As autoridades católicas sempre participavam distribuindo benção nas inaugurações de escolas, bairros, hospitais, centros comunitários. Sempre havia a imagem da Virgem de Luján, objeto de devoção nacional, nas estações ferroviárias do país (ESQUIVEL, 2003, p. 208).

Houve no país a criação do *Registro Nacional de Cultos*, datado de 1946, qual obrigava todas as religiões e seitas, com exceção à católica, a se inscreverem, fornecendo informações sobre os cultos ministrados, afim que fossem reconhecidas pelo Estado. A prova do favorecimento da Igreja Católica pelo Estado é que este último fazia generosas contribuições financeiras à instituição eclesiástica, o que possibilitou a constituição de um

clero nacional e a construção do novo seminário de Buenos Aires (ESQUIVEL, 2003, p. 208-209).

No fim da década de 40, havia o seguinte quadro na Argentina: a Igreja Católica encontrava-se em excelente posição, e contava com os recursos econômicos suficientes para consolidar o funcionamento institucional no país; havia numerosos quadros religiosos inseridos na estrutura do Estado; o ensino religioso nos estabelecimentos educacionais públicos atribuía à Igreja a função de formar a consciência das futuras gerações, na tentativa de abortar o surgimento de quaisquer conflitos com o Estado peronista (ESQUIVEL, 2003, p. 209). Contudo, com o passar do tempo, a convergência de interesses entre Igreja Católica e o Estado peronista, se transformou em conflito.

Sem embargos, quando o peronismo avançou para segmentos considerados chaves no projeto de catolicização da sociedade, os conflitos com a Igreja Católica apareceram no cenário, sobretudo com “a “peronização” da educação e a “politização” das tarefas de assistência social, visou claramente afastar a Igreja das suas áreas” de atuação (ESQUIVEL, 2003, p. 209).

Ademais, havia toda uma simbologia mítica em torno da figura de Perón, enquanto líder carismático e objeto de culto à autoridade, vez que se utilizava de princípios cristãos para definir sua doutrina incorporando-os, porém, “numa síntese “superadora”, onde a religião era um dos fundamentos, mas não o único”. O peronismo também se propunha a regulamentar “todos os âmbitos da ação humana”, e “com o passar do tempo se apresentou como uma instância superior ao catolicismo” (ESQUIVEL, 2003, p. 209).

Esquivel (2003, p. 210) leciona sobre os últimos anos do governo peronista:

Nos últimos anos de Perón no governo, o catolicismo se posicionou declaradamente no espaço da oposição, enquanto os conflitos com o peronismo recrudesciam até derivar em surtos de violência –militantes do movimento político incendiaram várias igrejas e a Cúria Eclesiástica de Buenos Aires, e alguns dirigentes da mais alta hierarquia católica foram expulsos do país. Mesmo como opositora, a Igreja Católica ainda manteve uma certa relevância como ator político-social. O golpe de Estado no ano de 1955 mostrou-a novamente ligada ao Exército: os aviões que bombardearam a Casa de Governo traziam inscrito o lema “Cristo Vence”. Como em épocas anteriores, em momentos de crise, o Exército e a Igreja Católica se mostraram articuladamente fiadores de uma pátria e de uma argentinidade que, a partir da sua ótica e interesses, estavam em perigo.

Depois deste breve histórico, passemos a analisar a liberdade de religião na Constituição Argentina, datada de 1994.

Mesmo após todos esses anos da declaração de independência da Argentina, o Estado argentino ainda assume uma postura confessional de forma expressa em seu texto constitucional, conforme seu artigo 2º, que diz: “el Gobierno federal sostiene el culto católico”.¹²

O artigo 14 da Constituição Argentina prevê ainda, entre outros direitos, a liberdade religiosa, garantindo ao cidadão o direito de professar sua fé livremente.¹³ Assim, o Estado Argentino reconhece a Igreja como uma pessoa jurídica com direito próprio (não estatal), ou de existência necessária (ROCA, [2000?]).

Desta forma, a Constituição da Argentina afirma, expressamente, que o Estado apoia a fé Católica Romana, contudo, ao mesmo tempo, garante, a todos os que vivem no país, o direito de professarem livremente a sua fé de acordo com a lei (ACN BRASIL, 2014).

Além disso, várias leis que governam o exercício deste direito básico podem ser citadas, como por exemplo, a Resolução nº 1323, do Ministério da Educação que isenta os jovens adventistas de irem à escola ou fazerem trabalhos de casa desde o pôr-do-sol de sexta-feira até ao pôr-do-sol de domingo, igualmente, a Lei nº 24.5416 que autoriza dias de dispensa do trabalho para todos os cidadãos judaicos e a Lei nº 24.5757 que concede direitos semelhantes aos muçulmanos; o registro das organizações religiosas para além da Igreja Católica é regulamentado pela Lei nº 21.745 (ACN BRASIL, 2014).

Contudo, por ser um Estado confessional declarado, instituindo a Igreja Católica como a religião oficial do Estado e subvencionando, conforme vimos no decorrer da história, sobretudo no governo peronista, há um processo na Argentina de perseguição religiosa aos fiéis católicos, bem como, protestos de carácter político, pela insatisfação com os governos, insatisfação esta que transcende para o campo religioso, alvejando a religião escolhida pelo Estado.

¹² O Governo federal sustenta o culto católico apostólico romano (tradução nossa).

¹³ Artículo 14º- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio, a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; **de profesar libremente su culto**; de enseñar y aprender (grifo nosso).

Em março de 2013, manifestantes ocuparam a Catedral de Buenos Aires em protesto contra o fato de o Governo local continuar a subsidiar a educação privada, que é clara e majoritariamente de natureza confessional. O Conselho Argentino para a liberdade religiosa condenou a manifestação, afirmando que ela revelava desrespeito pelo lugar sagrado; acrescentando que a concessão de subsídios estatais para pagamento dos salários dos professores nas instituições públicas de educação geridas de forma privada, em cooperativas ou sociedades, estava coberta pela lei nacional de educação e pela Constituição da própria cidade de Buenos Aires (ACN BRASIL, 2014).

Apesar de a Argentina não fazer parte da classificação da perseguição religiosa, não possuindo pontuação suficiente para entrar no rol dos países que mais perseguem cristãos, conforme já dito, a Igreja e seus seguidores já experimentam certa hostilidade vinda do próprio governo. Apesar de ser a liberdade religiosa garantida pelo artigo 14 da Constituição Nacional, o Estado de Córdoba criou uma lei provincial, que visa prevenir qualquer situação de "manipulação psicológica". A lei tem criado uma grande polêmica por abrir uma brecha para a perseguição à igreja no país. De acordo com os relatórios da *Portas Abertas*, ela tem sido usada abusivamente e aplicada a organizações religiosas. O artigo 3 estabelece que a manipulação psicológica pode ocorrer "através de grupos que usem técnicas que demonstrem uma grande devoção ou dedicação a uma pessoa, ideia ou objeto, e que empregue em sua dinâmica proselitismo ou doutrina, técnicas persuasivas de coerção que promovam a destruição de personalidade" (PORTAS ABERTAS INTERNACIONAL, 2016).

Depois que a lei foi inserida à Constituição, o líder cristão Marcelo Nleva afirmou ter sido acusado por políticos e pela polícia argentina de manter uma "seita controversa": "depois das acusações, o ódio contra a igreja tem aumentado de forma significativa, principalmente depois que a imprensa local divulgou o ocorrido. As pessoas têm quebrado as janelas da igreja e saqueado as propriedades dos frequentadores" (PORTAS ABERTAS INTERNACIONAL, 2016). O líder cristão tem enfrentado a perseguição desde junho de 2014, conforme mostra a matéria Argentina luta para manter sua liberdade religiosa, divulgada no mesmo ano. Recentemente, enquanto Marcelo dirigia seu carro, junto com sua esposa, que está grávida de seu segundo filho, percebeu que estava sendo seguido (PORTAS ABERTAS INTERNACIONAL, 2016).

Por outro lado, existe um movimento, ainda tímido, que tenta separar a Igreja do Estado Argentino.

Em 18 de novembro de 2012, Alfredo Lazzarretti, membro provincial de Buenos Aires, propôs um projeto de lei que procurasse alargar a proibição de uso de símbolos religiosos e cerimônias religiosas de modo a incluir todos os departamentos do governo provincial e municipal, supostamente para promover a igualdade de participação nos assuntos oficiais. A proposta também procura garantir o caráter secular do programa oficial de estudos nas escolas primária e secundária, subsidiando apenas o programa oficial de estudos. Ao mesmo tempo, iria proteger dados pessoais ligados à liberdade de pensamento, consciência ou crença. Lazzarretti alegou que isto iria garantir a todos os cidadãos “um Estado independente de qualquer convicção filosófica, religiosa ou ideológica” (ACN BRASIL, 2014).

No início de 2013, a presidente Cristina Kirchner prometeu introduzir nova legislação sobre as religiões, em resposta aos contínuos pedidos por parte das comunidades protestantes, que até agora apenas se podem registrar como associações. Isto vai incluir, em primeiro lugar, o estabelecimento de um novo estatuto jurídico, nomeado *Estatuto de Personalidade Jurídica Religiosa*. Depois disto será introduzida uma nova lei que irá refazer o registro de associações religiosas existente, dando assim maior estatuto a todas as religiões. Até o presente, a Igreja Católica tem gozado de tratamento preferencial, sendo já reconhecida na Constituição (ACN BRASIL, 2014).

2.4 Itália

Da América Latina, vamos para a Europa, mais especificamente a Itália.

A Constituição da Itália é datada de 1947, apesar de expressamente prever a separação do Estado e a Igreja no seu artigo 7º da sua Constituição,¹⁴ tinha a Igreja Católica como Igreja Oficial até 1985, quando houve a insubsistência do preceituado o *Pacto de Latrão*,¹⁵ mesmo período em que foi abolido o ensino religioso oficial.

Depois de toda a perseguição sofrida pelos cristãos católicos durante o Império Romano, a Igreja Católica conquistou seu espaço religioso e político na sociedade europeia e gradativamente sua influência foi aumentando. Primeiro, recebeu a liberdade de culto; depois, tornou-se a religião oficial do império. Quando este chegou ao fim, a Igreja Católica era a instituição mais influente e, por isso, se tornou referência e detentora do maior poder durante

¹⁴ Art. 7. O Estado e a Igreja católica são, a cada um em sua própria esfera, independentes e soberanos. Seus relacionamentos regulam-se pelos Tratados de Letrán. Não requererão procedimento de revisão constitucional as modificações dos Tratados aceites pelas duas partes.

¹⁵ Tratado assinado pela Itália e a Santa –Sé em 11 de fevereiro de 1929 qual instituiu o Estado do Vaticano.

o período conhecido como Idade Média. Nessa época, os católicos receberam do rei dos francos, Pepino, o Breve, um grande território no centro da Itália. Surgiam assim, em 756, os Estados Pontifícios que vigoraram até 1870. No decorrer desse longo período, a Igreja passou por expansões que a concederam grande poder (GASPARETTO JUNIOR, [200?]).

Quando as tropas do rei Vitor Emanuel II invadiram Roma, em 1870, incorporaram parte do território, que era da Igreja Católica. No ano seguinte, o monarca ofereceu ao Papa Pio IX uma indenização para a garantia de sua permanência como Chefe do Estado do Vaticano. No entanto, o papa não se satisfaz com a proposta e se declarou refém do poder laico, dando início a um problema diplomático chamado de *Questão Romana*,¹⁶ referente à disputa territorial que envolveu o papado e o governo italiano. A querela se desenvolveu por décadas. A Itália deixou de ser uma monarquia e se tornou uma república. A situação permaneceu a mesma até que o ditador Benito Mussolini resolveu dialogar com as lideranças da Igreja e chegaram a um acordo (GASPARETTO JUNIOR, [200?]).

Desse diálogo, nasceu o *Tratado de São João de Latrão*, conhecido como *Pacto de Latrão*, acordo assinado em 11 de fevereiro de 1929 por Mussolini e o Cardeal Pietro Gaspari, qual criou o Estado soberano do Vaticano, governado pelo Papa, chefe de Estado do Vaticano e principal representante da Igreja Católica no mundo.

A Constituição da Itália, hoje vigente, prevê em seu texto diversas passagens sobre a liberdade religiosa.

O artigo 3º¹⁷ da Carta Constitucional italiana prevê a todos os cidadãos a mesma dignidade social e igualdade perante a lei, sem distinções, inclusive por religião.

Seu artigo 8º¹⁸ prevê que todas as confissões religiosas serão livres perante a lei, garantindo direito à igualdade perante elas; e ainda, que as confissões religiosas, exceto à Católica, terão direito de organizar-se segundo seus estatutos, desde que não se oponha à lei italiana.

¹⁶ Período em que o Vaticano perdeu seu território durante a unificação da Itália, sendo -lhe devolvido parte do território perdido e sua soberania com a assinatura do Tratado de Latrão.

¹⁷ Constituição Italiana 1947: Art. 3º Todos os cidadãos terão a mesma dignidade social e serão iguais ante a lei, sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opiniões políticas nem circunstâncias pessoais e sociais.

¹⁸ Art. 8. Todas as confissões religiosas serão igualmente livres ante a lei. As confissões religiosas diferentes da católica terão direito a organizar-se segundo seus próprios estatutos na medida em que não se oponham ao ordenamento jurídico italiano. Seus relacionamentos com o Estado serão reguladas por lei sobre a base de acordos com as representações respectivas.

Da redação do citado artigo, percebe-se a primeira diferenciação entre Igreja Católica e as demais confissões religiosas. Segundo o texto do referido artigo, somente as demais confissões poderão se organizar por estatutos, desde que não infrinja a lei italiana; tal ressalva nos parece não atingir a Igreja Católica que é a adotada pelo Estado.

O artigo 19¹⁹ prevê que todos têm direito de professar sua fé de forma livre, sozinho ou em grupo, praticar cultos em locais públicos e privados, desde que não contrarie os bons costumes. Aqui, vemos uma semelhança com o texto constitucional brasileiro, com exceção a ressalva “desde que não contrarie os bons costumes” que existia nos textos anteriores à Carta de 1988 e foi abolida, permanecendo apenas a ressalva de não contrariedade à lei.

Por último, o artigo 20²⁰ da Constituição Italiana prevê que a religião não poderá ser causa de limitações legislativas especiais nem constituir encargos fiscais para sua constituição e atividade.

Uma questão na Itália que causou grande discussão era sobre as exposições dos crucifixos nas salas de aula. Nesse sentido, Garcia (2016) nos ensina o seguinte:

[...] dispunha o Decreto-real nº 4.336/1860, do Reino de Piemonte-Sardenha, que cada escola deveria possuir um crucifixo. Em 1861, com o surgimento do Estado italiano, o Estatuto do Reino de Piemonte-Sardenha, de 1848, se tornou o Estatuto italiano. De acordo com ele, a religião católica apostólica romana era a religião oficial do Estado. Em 1870, Roma é tomada pelo exército e proclamada Capital do novo Reino da Itália. Face à crise com a Igreja Católica, a Lei nº 214/1871 passa a regular, unilateralmente, as relações entre Estado e Igreja. Desde então preservou-se o hábito de expor o crucifixo nas salas de aula, o que foi previsto (1) na circular nº 68/1922, do Ministério da Instrução Pública; (2) no Decreto-real nº 965/1924, que estabeleceu o Regulamento Interior dos Estabelecimentos Escolares Secundários do Reino (art. 118); (3) no Decreto-real nº 1.297/1928, que veiculou o Regulamento Geral dos Serviços de Ensino Primário (art. 119). [...] Posteriormente, a Lei nº 121/1985 declarou, formalmente, que não mais subsistia o preceituado no Pacto de Latrão, de 1929, que indicava o catolicismo como a religião oficial do Estado.

O *Tribunal de Cassação* decidiu que a presença do crucifixo nos locais de recolhimento dos votos, durante as eleições, seria contrário ao princípio da laicidade do Estado (Processo nº 4.273/2000). O Tribunal Constitucional, por sua vez, na Decisão nº

¹⁹ Art. 19. Todos terão direito a professar livremente sua própria fé religiosa em qualquer forma, individual ou sócia, fazer propaganda da mesma e praticar o culto respetivo em privado ou em público, contanto que não se trate de atos contrários aos bons costumes.

²⁰ Art. 20. O caráter eclesástico e a finalidade de religião ou de culto de uma associação não poderão constituir causa de delimitações legislativas especiais nem de encargos fiscais para sua constituição, capacidade jurídica e quaisquer formas de atividade.

508/2000, ratificou a jurisprudência então sedimentada a respeito da liberdade de crença e ao caráter laico do Estado: o Estado deve manter uma postura de equidistância e imparcialidade em relação a todas as religiões, sem atribuir qualquer importância ao número de fiéis (Decisões nº 925/1988, 440/1995 e 329/1997) ou à amplitude das reações sociais quanto à violação dos dogmas de qualquer delas (Decisão nº 329/1997). Instado a se manifestar sobre a questão da exposição do crucifixo nas salas de aula, o Tribunal deixou de examiná-la sob o argumento de que a matéria estaria regulada em disposições infralegais, desprovidas de força de lei (Decisão nº 389/2004, § 12) (GARCIA, 2016).

A polêmica, no entanto, chegou ao *Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*.

No Caso *Lautsi vs. Itália* (Processo nº 30.814/2006, j. em 03/11/2009), esse Tribunal decidiu que a exposição da cruz nas salas de aula das escolas públicas seria incompatível com a liberdade de crença e de religião, bem como, com o direito ao recebimento de uma educação compatível com as convicções religiosas e filosóficas das crianças e de seus pais. Como fundamentos da decisão, foram invocados;

(1) o dever de ministrar a educação em conformidade com as convicções religiosas e filosóficas dos pais (Protocolo nº 1 à Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de 1950, art. 2º); (2) a liberdade de religião e a impossibilidade de ser restringida (Convenção..., art. 9º, 1 e 2); (3) a Convenção protege tanto o direito de crer numa religião, como o de não crer em religião alguma (vide *Young, James e Webster vs. Reino Unido*, j. em 13.08.1981, §§ 52-57, série A no 44) (GARCIA, 2016).

O Tribunal, assim, realçou o caráter religioso da cruz e entendeu que o fato de sua exibição refletir referenciais morais elevados e ser compatível com os valores prestigiados por parte da coletividade não afastava o atentado à laicidade do Estado, terminando por determinar a sua retirada e a condenar o Estado Italiano ao pagamento de uma indenização, por danos morais, na ordem de 5000 Euros (GARCIA, 2016).

2.5 Índia

A Constituição da Índia é datada de 1949, com algumas alterações no seu texto em 1983.

Antes de adentrarmos ao texto constitucional em si, importante sabermos um pouco da parte histórica religiosa da Índia.

A Índia britânica foi dividida a 14 de agosto de 1947 com o Paquistão, separado como país de maioria muçulmana. A partição viu cerca de um milhão de hindus e muçulmanos

serem mortos em ambos os lados da nova fronteira, e assistiu a uma troca forçada da população que teve impacto em mais de dez milhões de pessoas. Os repetidos confrontos violentos entre hindus e muçulmanos – mais de 20 mil grandes incidentes foram registrados pelo Governo em sessenta anos – têm a sua origem na suspeição e no ódio enraizado na experiência da partição do país. Desde a década de setenta, houve ataques realizados por sikhs a hindus, numa insurreição sangrenta que procurava obter uma nação sikh na região do Punjab (PUNIYANI, [200?]).

No verão de 1984, a primeira-ministra Indira Gandhi ordenou um ataque ao Templo Dourado para expurgar militantes armados. O templo é considerado sagrado pela comunidade sikh e dois dos guarda-costas da primeira-ministra, ambos sikhs, foram assassinados a 31 de outubro desse ano. Em retaliação, grupos hindus irados mataram mais de 5.000 sikhs, cerca de 3.500 dos quais, na capital de Nova Deli (PUNIYANI, [200?]).

Desde a década de noventa, grupos hindus militantes atacaram cristãos, em especial grupos evangélicos e pentecostais. Em 2007 e 2008, houve ataques organizados contra cristãos, sobretudo nos estados de Orissa e Karnataka. Os grupos hindus militantes de direita, como por exemplo, o Rashtriya Swayamsewak Sangh e o Vishwa Hindu Parishad, levam o discurso ainda mais longe, descrevendo as “religiões que não são do Índico” como “religiões estrangeiras” que não têm lugar no país (PUNIYANI, [200?]).

A Índia possui a segunda maior população do mundo, com 1.252.139.596 de habitantes, perdendo apenas para a China, e é o maior estado Democrático do mundo.

Segundo o censo de 2001, essa população quanto a religião adotada, é dividida da seguinte maneira: hindus: 80,5%; muçulmanos: 11,4%; cristãos oficiais: 2,3% (o recenseamento não enumera denominações. Dos cristãos (dados não oficiais): católicos romanos: 55%; protestantes: 45%, incluindo metodistas, metodistas livres, luteranos, presbiterianos, baptistas, Igreja dos Crentes, Irmãos, pentecostais, Igreja de Deus, Assembléias de Deus); sikhs: 1,9%; budistas: 0,8%; jainistas: 0,5%; outras religiões: 0,6% (ACN BRASIL, 2014).

Sua Constituição se diz socialista e secular, o que não que dizer, necessariamente, que adota a separação entre Estado e Igreja, mas que apenas não adota uma religião oficial.

Seu artigo 15, prevê que o Estado não estabelecerá discriminação contra qualquer cidadão por motivo de religião, raça, casta, sexo ou lugar de nascimento, nem sofrer

incapacidade, limitação, restrição ou condicionamento referente à acesso à locais públicos ou privados (MIRANDA, 1987, p. 11).

O artigo 16 prevê que nenhum cidadão poderá, por motivo de religião, raça, casta, sexo, ascendência, lugar de nascimento ou residência, ser considerado inelegível ou sofrer discriminação com respeito a qualquer emprego ou cargo público (MIRANDA, 1987, p. 11-12). Enquanto que o artigo 19 prevê que todos os cidadãos têm direito à liberdade de palavra e expressão, e de reunião pacífica e sem armas (MIRANDA, 1987, p. 11-12).

O artigo 25, item primeiro prevê, especificamente, sobre a liberdade religiosa, dispondo que todas as pessoas gozam igualmente de liberdade de consciência e do direito de livremente professarem, praticarem e difundirem sua religião, observando a ordem pública, moral, saúde e demais normas previstas na Constituição em estudo (MIRANDA, 1987, p. 13).

O item segundo do artigo 25 prevê que o disposto no artigo não impede que haja restrição de atividades econômicas, financeiras, políticas ou outras atividades seculares que possam ser associadas a atividades religiosas, bem como, promova benefícios sociais e reformas, ou proporcione todas as classes e estratos da população hindu o acesso à instituições religiosas hindus de caráter público.

Assim, está prevista, expressamente a liberdade religiosa no referido dispositivo, contudo, o mesmo também prevê que o Estado adota uma religião oficial, no caso o hinduísmo, mantendo inclusive instituições religiosas públicas com esta religião.

O artigo 28, da Constituição hindu, prevê que não é ministrado ensino religioso em qualquer instituição educativa sustentada pelos fundos do Estado, não se aplicando à instituição educativa do Estado, que tenha resultado de doação ou fundação a exigência de ensino religioso (MIRANDA, 1987, p. 13).

No item terceiro do artigo 28, previu-se que nenhum estudante da instituição educativa com ensino religioso é obrigado a assistir as aulas ministradas sobre religião, e também não é obrigado a participar de cultos religiosos.

O artigo 30, da Carta hindu, prevê que todas as minorias religiosas ou linguistas têm o direito de estabelecer e administrar instituições educativas de sua livre escolha. E a alínea “e” do artigo 51 prevê como direito fundamental, promover a harmonia e o espírito de

fraternidade entre todas as gentes da Índia, além das diversidades religiosas, linguísticas, regionais, entre outras (MIRANDA, 1987, p. 15-19).

Contudo, segundo a *Conferência Episcopal Católica da Índia* e outros grupos de Igrejas, três leis específicas violam a liberdade religiosa e na prática são muito discriminatórias. São elas o artigo 341 (alínea iii) que efetivamente impede as castas catalogadas, ou dalits, de se converterem ao Cristianismo ou ao Islamismo, sob a ameaça de perderem os benefícios da discriminação positiva, como por exemplo os lugares reservados nas legislaturas, empregos e bolsas de estudos; as chamadas Leis de Liberdade Religiosa em sete estados – que o partido Bharatiya Janata ameaça transformar em lei nacional – que monitorizam as conversões religiosas; e a Lei de Regulamentação da Contribuição Estrangeira, ostensivamente contra as organizações não-governamentais, mas usada com frequência de forma seletiva contra grupos ou ONG cristãos vistos como organizações que fortalecem a capacidade dos pobres ou marginalizados (ACN BRASIL, 2014).

Importante destacar a perseguição religiosa sofrida pelos cristãos na Índia. Há leis anti-conversão religiosa, promulgadas pelos Estados pertencentes ao país, defendidas inclusive pelos Tribunais Superiores (ACN BRASIL, 2014).

Contudo, tais leis afrontam claramente a proteção à liberdade religiosa prevista na Constituição, especificamente o artigo 25 da Carta Constitucional hindu, conforme vimos acima.

3 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE RELIGIOSA NA CARTA DE 1988

3.1 Dos direitos e deveres fundamentais: direitos e deveres individuais e coletivos

No presente capítulo abordaremos alguns dos direitos e garantias previstos no artigo 5º e seus incisos, da Constituição Federal de 1988 que preveem a igualdade e liberdades, sobretudo de crença ou religião, de pensamento, e de expressão.

Iniciaremos, assim, pelo caput do referido dispositivo, um dos artigos mais importantes da Constituição, qual prevê em sua redação o direito à liberdade, igualdade, dentre outras garantias ao cidadão trazidas expressamente na Carta vigente.

O artigo 5º da Constituição Federal vigente encontra-se no *Capítulo I* referente aos *Direitos e Garantias Individuais e Coletivos* que, por sua vez, está no *Título II*, intitulado *Direitos e Garantias Fundamentais*, artigo este que, em seu caput prevê que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...]”.

Da Silva (2000, p. 176-179) nos ensina que a doutrina francesa indica o pensamento cristão e a concepção dos direitos naturais, como as principais fontes das declarações dos direitos. E no tempo, com a ampliação e transformação dos direitos fundamentais, dificulta inclusive sua definição de forma sintética e precisa, existindo diversas expressões para designá-los, tais como, direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem. Esta última, qual o referido autor entende ser mais adequada.

O referido autor (DA SILVA, 2000, p. 185) entende os direitos fundamentais como sendo *históricos*, pois nasceram para revolução burguesa e evoluíram com o tempo, rechaçando a ideia de direito natural; *inalienáveis*, pois intransferíveis e inegociáveis; *imprescritíveis*, pois sempre exercíveis e; *irrenunciáveis*, pois podem até não ser exercidos, mas não se admite sua renúncia.

Uma crítica trazida por Gonzalez (2012, p. 26) é no sentido de que quando os direitos fundamentais não decorrem de conquistas sociais e populares, mas apenas de um movimento

vertical da normatização, sem a efetiva participação popular, como ocorreu no Brasil, tais direitos se tornam meras ideologias que banalizam o significado dos direitos fundamentais.

De acordo com Moraes (2011, p. 38), os direitos fundamentais se classificam como direitos e garantias individuais e coletivos; direitos sociais; direitos à nacionalidade; direitos políticos; direitos de criação, organização e participação em partidos políticos, classificação esta segundo a lei.

Quanto ao tempo ou dimensões, segundo Kim (2012, p. 13-15) classificam-se como sendo de 1ª geração/dimensão o direito à vida, liberdade, inclusive manifestação, locomoção e de associação, e ainda, isonomia (igualdade *lato sensu*), e direito ao exercício político; de 2ª geração/dimensão os sociais, culturais e econômicos, decorrentes do princípio da igualdade (*stricto sensu*), tanto formal quanto material; de 3ª geração/dimensão os que tem como objeto da proteção do ser humano, sendo na maioria direitos difusos, coletivos e transindividuais, oriundos da fraternidade; e os de 4ª geração/dimensão são os chamados direitos à democracia, informação e pluralismo.

Quanto aos direitos e garantias previstos no artigo 5º da CF, de acordo com Dimoulis e Martins (2009, p. 69-70), são os direitos fundamentais como direitos público-subjetivos de pessoas físicas ou jurídicas, contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, apresentando caráter normativo supremo no ordenamento jurídico estatal, limita o exercício do poder do Estado perante os cidadãos.

Alguns doutrinadores defendem que, para cada garantia de direito fundamental depende do reconhecimento de um respectivo dever dos demais, justificando, assim, a denominação dada ao *Capítulo I*, do Título *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos* (DA SILVA, 2008, p. 196 apud DIMOULIS; MARTINS, 2009, p. 70).

Para Canotilho (2008, p. 33-34), a moderna teoria dos direitos fundamentais, tem os seguintes elementos:

- 1) reconhecimento dos direitos fundamentais aos cidadãos que deverão por estes ser exercidos enquanto membros da comunidade, e no interesse público;
- 2) o exercício da liberdade é um meio de prossecução do processo democrático;
- 3) a vinculação do exercício dos direitos à prossecução de fins públicos justifica a sua articulação com a ideia de deveres;
- 4) a dimensão funcional justifica, em caso de “abuso”, a intervenção restritiva dos poderes públicos.

Há dois polos que giram ao redor das garantias, declarações e dos direitos desde o início, o indivíduo e a liberdade, acrescentando um terceiro polo no século XX, o da instituição.

3.1.1 Diferenciação entre garantia e liberdade (direito)

Viamonte (1927, p. 1 apud BONAVIDES, 2011, p. 427) nos ensina que “garantia é a instituição criada em favor do indivíduo, para que, armado com ela possa ter ao seu alcance imediato o meio de fazer efetivo qualquer dos direitos individuais que constituem em conjunto a liberdade civil e política”.

De acordo com Barbosa (apud BONAVIDES, 2011, p. 528-529), um dos grandes juristas brasileiros que mais se empenhou na introdução do conceito das garantias constitucionais na Carta de 1891, o direito é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos, enquanto que a garantia é o requisito da legalidade, que o defende contra a ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil.

Segundo Da Silva (2000, p. 192), garantias constitucionais caracterizam-se como imposições, positivas ou negativas, aos órgãos do Poder Público, limitativas de sua conduta, para assegurar a observância ou reintegração dos direitos fundamentais no caso de violação.

Também, vale destacar a definição de direitos e garantias de Miranda (1988 apud BONAVIDES, 2011, p. 528), qual nos ensina que

Os direitos representam por si só certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; certos direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.

Para Canotilho (1993, p. 522 apud MORAES, 2011, p. 36-37), as garantias são também direitos que possuem, muitas vezes, caráter instrumental de proteção dos direitos, portanto as garantias são o direito dos cidadãos de exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, pelos meios processuais adequados.

Bonavides (2011, p. 549) ainda divide as garantias como sendo, de primeiro grau ou qualificada, e de segundo grau ou simples. A primeira garante a inalterabilidade da norma, seja por via legislativa ordinária ou via constituinte derivada, protegendo a regra

constitucional, não cabendo emenda ou reforma por se tratar de norma rígida; as garantias qualificadas também são aquelas referentes aos direitos, princípios e valores que fazem parte da essência da Constituição. Por sua vez, a garantia de segundo grau ou simples, recai unicamente na ação do legislador ordinário, podendo a norma ser alterada exclusivamente pelo legislador constituinte por meio de emenda.

Assim, podemos concluir, que o direito tem cunho declaratório, enquanto que as garantias tem cunho assecuratório, pois se trata de um instrumento de garantir a aplicação do próprio direito, pelos meios processuais adequados, utilizando-se por exemplo, dos remédios constitucionais.

3.1.2 As liberdade e garantias como direitos difusos e coletivos

Direitos difusos são aqueles indivisíveis e indisponíveis, que podem ser usufruídos por um número indeterminado de pessoas, por recaírem sobre bens de toda a coletividade, tais como, meio ambiente, patrimônio cultural (DINIZ, 2005, p. 205).

Os direitos coletivos podem ser caracterizados por interesses comuns a uma coletividade de pessoas e a elas somente, quando exista um vínculo jurídico entre os componentes do grupo, tais como, partidos políticos, sindicatos ou entidade associativas ou de classe, bem como, interesse da sociedade simples (DINIZ, 2005, p. 204).

A melhor distinção entre direitos coletivos, difusos (em sentido estrito), e direitos individuais homogêneos, está no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, e seus incisos: os *interesses ou direitos difusos* (I) são os transindividuais de natureza indivisível, que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; os *interesses ou direitos coletivos* (II) são os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular o grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; enquanto os *direitos individuais homogêneos* (III) são os decorrentes de origem comum (KIM, 2012, p. 19).

Segundo Bonavides (2011 apud DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 65-79), dos direitos coletivos pode-se distinguir duas categorias, sendo a dos direitos coletivos tradicionais e os novos direitos coletivos. O primeiro se refere àqueles direitos conhecidos desde o início do constitucionalismo, tais como, direitos negativos (de resistência), políticos (de participação), ou sociais (prestacionais), que só podem ser exercidos por um grupo de pessoas, como exemplo, podemos destacar os direitos de reunião e de associação (art. 5º, XVI e XVII,

CF/88), que se aplicam ao presente estudo sobre liberdade religiosa, tais como, realização de cultos.

A nosso ver, a própria liberdade religiosa pode ser um direito individual como, por exemplo, a liberdade de consciência e de crença, bem como, também é direito coletivo se pensarmos no direito de culto de uma determinada religião, podendo ser ainda difuso, no seu sentido amplo da liberdade religiosa.

Seja direito individual, coletivo ou difuso, é certo que tal liberdade religiosa está garantida pela nossa Carta Magna, como direito fundamental.

3.1.3 Direito fundamental como princípio

Picazo (1983, p. 1268 apud BONAVIDES, 2011, p. 255-256), entende que a ideia de princípio designa verdades primeiras, “são as premissas de todo um sistema (que desenvolve more geométrico)”. Guastini (1990, p. 116 apud BONAVIDES, 2011, p. 257-258), por sua vez, diz que princípio é o termo utilizado por juristas para referir-se à normas cuja posição hierárquica das fontes de direito é muito elevada.

Mello (2007, p. 932-933) define princípio como

[...] o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Alexy (2015, p. 90), em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, traz a seguinte definição de princípios:

[...] princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente de possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.

Princípios constitucionais são constituídos por normas explícitas ou implícitas, que determinam as diretrizes fundamentais dos preceitos da Carta Magna, influenciando sua interpretação (DINIZ, 2005, p. 830).

Sobre princípios constitucionais, também temos aqueles positivados como tal pelo legislador constitucional na Carta Magna vigente, dentro do capítulo *Dos Princípios Fundamentais* (art. 1º ao 4º), e dos *Direitos e Garantias Fundamentais* (art. 5º ao 17), bem como, aquelas normas não inseridas em tais capítulos, mas com *status* de princípio, tais como, o princípio da separação dos poderes (inc. III, § 4º, art. 60 da CF/88), e da legalidade e anterioridade tributária, prevista nos incisos I e III do art. 150 da CF/88, dentro do capítulo das *Limitações do Poder de Tributar* (art. 150 ao art. 152 da CF), apesar de alguns autores definirem tais normas como regras.²¹

Rodrigues Junior (2009, p. 102-103) traz os princípios jurídicos decorrentes da liberdade religiosa, quais sejam: a) *Princípio da igualdade religiosa subjetiva*: traz a vedação genérica a que se criem privilégios, benefícios ou vantagens pela adoção de qualquer credo religioso; b) *Princípio a isonomia das entidades religiosas*: consiste na vedação que o Estado proteja, crie, subvencione, estimule, financie, ampare ou dê tratamento preferencial a qualquer igreja ou comunidade religiosa; c) *Princípio da separação institucional*: é o princípio que expressa a distinção jurídica-política dos organismos religiosos e o Estado, não podendo o Estado interferir na nomeação ou no afastamento de líderes religiosos; organização interna das igrejas e comunidades religiosas interferindo em assuntos relacionados ao Estado, podendo ainda o Estado Democrático de direito ser teísta; d) *Princípio da aconfessionalidade*: não pode o Estado adotar religião oficial, sob pena de contrariar o princípio da liberdade religiosa, não podendo o Estado também interferir nas questões de fé, não podendo se manifestar ou interferir na economia teológica interna das religiões; e) *Princípio da colaboração*: a Constituição Federal assegura a cooperação legal entre o Estado e as religiões, tais como, em atividades assistenciais, promoção dos direitos humanos, formação cultural e educacional dos cidadãos, bem como, campanhas educativas e preventivas no âmbito da saúde; f) *Princípio da tolerância*: a tolerância implica a aceitação das diferenças religiosas e as formas de culto de outras religiões, respeitando o proselitismo²² e coibindo sua abusividade, como empregos de formas que ultrapassem os limites da liberdade de

²¹A diferenciação entre princípios e regras não é o objeto do presente estudo, pois necessitaria de grande aprofundamento em tema tão complexo. Apenas a título de conhecimento, trazemos a definição de regra de Alexy (2015, p. 91) a seguir: “já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou um princípio.”

²² Tentativa persistente de persuadir ou convencer outras pessoas a aceitar suas crenças, em geral relativas à religião ou à política. (PROSELITISMO, 2017).

consciência; g) *Princípio da adequação cultural*: em nome da liberdade religiosa, não se pode eliminar os elementos formativos histórico-culturais do povo e do Estado brasileiros, preservando as figuras e institutos radicados na nos hábitos, memória, costumes, signos comunitários do povo, transcendendo tais figuras da religião para a cultura, por exemplo, crucifixos, imagens, estátuas, monumentos religiosos, etc.

3.2 Conceito de liberdade e igualdade

A liberdade e a igualdade são valores fundamentais que presidem a evolução histórica da humanidade, segundo Bastos (2011, p. 17). O referido autor conclui que tais valores não são harmônicos, encontrando-se numa relação de tensão e convergência.

A liberdade, assim, é entendida como a exacerbação do princípio automístico da determinação individual, podendo provocar desigualdade social, por exemplo, podendo essa desigualdade por em risco a própria liberdade; enquanto que para a realização contínua de certa dose de igualdade, a manutenção das desigualdades dentro de alguns limites que estas não possam ultrapassar, tanto no plano jurídico como no plano material, é indispensável à subsistência da liberdade (BASTOS, 2011, p. 17).

Logo, podemos concluir que o princípio da liberdade e o da igualdade, apesar de paradoxos, são imprescindíveis um para a existência do outro, sobretudo para manutenção do equilíbrio.

3.2.1 Da igualdade

Não tem como falar de liberdade sem falar de igualdade, pois conforme acima visto, tais princípios andam historicamente juntos, até porque ambos os direitos, juntamente com o da fraternidade, formaram o lema da *Revolução Francesa*, (*liberté, égalitéetfraternité*), que hoje são considerados a base dos direitos fundamentais de primeira geração, segunda, e terceira geração, respectivamente (BONAVIDES, 2011, p. 562-569).

As clássicas definições de igualdade advêm de Aristóteles, que dizia que “devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade” (ARISTÓTELES, [200?]).

No Brasil, se destacou a definição de igualdade trazida por Rui Barbosa na *Oração aos Moços*, que dizia:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real (RUI BARBOSA, [200?]).

Para Bastos (2001, p. 16), pelo princípio da igualdade, temos que a lei deve tratar igualmente tanto quando concede benefícios, confere isenções, outorga vantagens, quanto impõe sacrifícios, multas sanções.

O princípio da isonomia trazido na Constituição Federal pelo direito fundamental à igualdade está previsto no Capítulo I *Dos Direitos e deveres individuais e coletivos*, do Título II *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, no caput do artigo 5º, inciso I.²³ Apesar de não estar definido o princípio da isonomia na Constituição de 88, tal princípio fora adotado pela nossa Carta maior.

O princípio da igualdade fora consagrado pela Constituição em dois planos: o primeiro plano de frente ao legislador o do próprio poder executivo, na edição de leis, atos normativos e medidas provisórias, sendo impedidos de criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas em condições idênticas; o segundo plano é na obrigatoriedade do intérprete da lei, notadamente a autoridade pública, ao aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, não podendo estabelecer diferenciações em razão do sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça e classe social (MORAES, 2011, p. 40).

3.2.2 Da liberdade

A liberdade, segundo Diniz (2005, p. 133), é o estado ou condição de homem livre, que tem poder para agir em uma sociedade político organizada por determinação própria, dentro dos limites legais, e sem ofensa a direitos alheios, podendo praticar qualquer ato não vedado por lei.

Dworkin (2011, p. 4 apud MEDINA, 2013, p. 73) distingue “freedom” e “liberty”, sendo que a liberdade (*freedom*) é simplesmente a sua capacidade de poder querer fazer qualquer coisa sem restrição do Estado, enquanto que a liberdade (*liberty*) é parte da liberdade (*freedom*) que o governo erraria em restringir. Diz ainda o referido autor, que não endossa

²³ Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição; [...]. (BRASIL, 1988).

nenhum direito geral de liberdade, mas ao contrário, defende que direitos à liberdade possuem bases diferentes.²⁴

Bobbio (1997, p. 48-49) divide a liberdade em negativa e positiva, distinguindo-as da seguinte forma:

Liberdade Negativa: Na linguagem política, a liberdade negativa consiste na situação do sujeito agir sem ser impedido, ou de agir sem ser obrigado por outros sujeitos [...]. A liberdade negativa também é conhecida como liberdade como ausência impedimento ou constrangimento [...]. Considera-se que desfruta de uma situação de liberdade tanto que pode expressar suas opiniões sem incorrer nos rigores da censura quanto o que é isentado, ou seja, a liberdade negativa consiste em fazer ou não fazer tudo o que as leis, seja no sentido lato ou no sentido técnico jurídico, permitem ou não proíbem.

O fato da maior parte das definições sobre liberdade negativa vir da ausência de impedimento do que ausência e constrangimento é que, historicamente, todas as liberdades civis representam um resultado de lutas travadas mais contra impedimentos do que contra constrangimentos (BOBBIO, 1997, p. 50). Enquanto que a *liberdade positiva*, pela definição política, liberdade positiva consiste na situação em que o sujeito pode se orientar pelo seu próprio querer, tomando suas próprias decisões sem ser determinado pela vontade dos outros. Tal liberdade é conhecida por autodeterminação, ou ainda, autonomia, ou seja, “[...] a liberdade positiva, ao contrário da liberdade negativa, indica a presença de algo, ou seja, um atributo específico do querer, que consiste na capacidade de se mover para uma finalidade sem ser movido” (BOBBIO, 1997, p. 51).

Bobbio (1997, p. 51) nos ensina que, as palavras sinônimas de liberdade positiva serem autonomia ou autodeterminação, é porque autodeterminar-se significa não ser determinado pelos outros, não dependendo dos outros para tomada das próprias decisões, ou determinar-se sem ser determinado. E conclui que, liberdade é um termo que indica multiplicidade de suas acepções próprias, falta de algo; portanto, a liberdade positiva é contraditória.

²⁴“I distinguish your freedom, which is simply your ability to anything you might want to do without government constraint, from your liberty which is that part of your freedom that government would do wrong to constrain. I do not endorse any general right to freedom. I argue instead, for rights to liberty that rest on different bases” (DWORKIN, 2011, p. 4 apud MEDINA, 2013, p. 73, tradução nossa).

Hobbes (apud BOBBIO, 1997, p. 49-50), por sua vez, afirma que a liberdade consiste no silêncio da lei (*silentium legis, liberta civium*) em sua ideia de liberdade a define da seguinte forma:

[...] como os movimentos e ações dos cidadãos nunca são na sua totalidade regulados por lei, e nem podem ser por causa de sua variedade, por isso há necessariamente uma quase infinidade de atos que não são comandados nem proibidos, e que cada qual goza de liberdade, e é nesse sentido que aqui se toma liberdade, a saber, como a parte do direito natural que é concedida e deixada aos cidadãos pelas leis civis.

Para Locke (2009, p. 27), a liberdade natural do homem, nada mais é que não estar sujeito a qualquer poder terreno, e não submetido à vontade ou a autoridade legislativa do homem, portanto tendo como única regra a lei da natureza (liberdade positiva); enquanto que a liberdade do indivíduo na sociedade não deve estar subordinada a qualquer poder legislativo que não aquele promulgado pelo consentimento da comunidade que o indivíduo faz parte (liberdade negativa).

Conforme ensinamentos extraídos da obra de Kant (2015, p. 66) “a autonomia de vontade é o único princípio de todas as leis morais e dos deveres conformes elas [...]. Mas aquela independência é liberdade em sentido negativo, porém esta legislação própria da razão pura, e enquanto tal, razão prática, é liberdade em sentido positivo [...]”.

Para Montesquieu (1962, p. 179) defendia que a liberdade é o direito de fazer tudo que as leis permitem.

De acordo com Rousseau (2001, p. 31 apud BOBBIO, 1997, p. 51-52) em *O Contrato Social*, a liberdade positiva consiste no fato de um homem, enquanto parte de um todo social, não obedecer a outros e sim a si mesmo, ou ser autônomo no sentido preciso da palavra, no sentido de que deve obediência somente as leis que se deu, que nada mais é que a liberdade.

Tal definição de Rousseau, fora também utilizada por Kant (apud BOBBIO, 1997, p. 52), qual dizia que a liberdade jurídica poderia ser definida “como liberdade de fazer tudo o que queira contando que não se cause injustiça a ninguém”. Ainda, que liberdade é a faculdade de não obedecer a outra lei que não aquela à qual os cidadãos deram o seu consentimento.

Para Bobbio (1997, p. 53), a liberdade negativa é uma qualificação da ação, enquanto a liberdade positiva é uma qualificação da vontade. Explicando tal definição, diz o seguinte:

Quando digo que sou livre no primeiro sentido, quero dizer que uma determinada ação minha é obstaculizada, e portanto posso realizá-la; quando digo que sou livre no segundo sentido, quero dizer que meu querer é livre, ou seja, não é determinado pelo querer do outro, ou de modo mais geral, por forças estranhas do meu próprio querer.

Todavia, mais que liberdade negativa ou positiva, mais adequado seria falar-se em liberdade de agir e liberdade de querer (BOBBIO, 1997, p. 53).

3.3 Liberdade religiosa

O direito à liberdade religiosa diz respeito à inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença. Segundo Da Silva (2000, p. 251) a liberdade religiosa inclui as liberdades espirituais e sua exteriorização se dá pela manifestação de pensamento, compreendendo três formas de expressão: a liberdade de crença; a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa.

3.3.1 Liberdade de crença, consciência e pensamento religioso

A Constituição de 1967/1969 não previa liberdade de crença, somente a liberdade de consciência, qual assegurava aos crentes o direito de culto, ou seja, para aquela Constituição, a liberdade de crença era garantida como mera liberdade de consciência (DA SILVA, 2000, p. 251).

A Constituição de 1988, por sua vez, declarou expressamente inviolável a liberdade de consciência e de crença, no inciso VI do seu artigo 5º; garantindo ainda, no inciso VIII, que ninguém será privado de seus direitos por motivo de crença religiosa.

Apesar de as liberdades de consciência e liberdade religiosa estarem previstas no mesmo dispositivo constitucional, importante distinguir ambos, sendo certo que não se tratam da mesma coisa, conforme veremos a seguir.

De acordo com Bastos (2001, p. 53), as liberdades de consciência e de crença não se confundem, porque a primeira é mais ampla que a segunda, pois o direito de consciência livre pode determinar inclusive a ausência de crença.

Conforme ensinamentos extraídos da obra de Moraes (2011, p. 49), a liberdade de consciência consiste no núcleo básico de onde derivam as demais liberdades de pensamento.

Podemos concluir que, a liberdade de consciência abrange a liberdade de pensamento que, por sua vez, consiste em liberdade de opinião, escusa de consciência, liberdade de

informação, manifestação do pensamento. A liberdade de consciência, além da liberdade de pensamento, também abrange a liberdade religiosa ou de crença, inclusive de não crer em religião alguma, e ainda, a convicção filosófica, liberdade de expressão de pensamento intelectual, artístico e científico, e de transmissão e recepção do conhecimento.

Após tal diferenciação entre liberdade de crença e consciência, passamos a estudar de forma individualizada as liberdades de crença, de culto, e organização religiosa a seguir.

3.3.2 Liberdade de crença

A liberdade de crença assegurada pela nossa Constituição é o direito de todos a adotar ou exercer livremente qualquer culto religioso, em recinto público ou particular. Consiste, assim, na liberdade de escolha da religião, podendo aderir à qualquer religião ou seita religiosa, de mudar de religião e de não aderir a religião alguma (DA SILVA, 2000, p. 252).

Moraes (2011, p. 50-51) nos ensina que, a abrangência de tal preceito é ampla, sendo a religião o complexo de princípios que dirigem pensamentos, ações e adoração do homem para com Deus, o que se inclui a crença, dogma, moral, liturgia e culto. E conclui que a Constituição Federal ao consagrar a inviolabilidade de crença religiosa, está também assegurando plena proteção à liberdade de cultos e liturgias. E finaliza, dizendo que a liberdade de convicção religiosa também abrange o direito de não professar nenhuma fé, devendo o Estado respeitar também sua ausência por meio do ateísmo.

Portanto, liberdade de crença é o direito de professar sua fé pela religião escolhida, podendo trocar de religião ou ainda, não professar fé alguma e não seguir qualquer religião.

3.3.3 Liberdade de culto

A Constituição de 1988 prevê expressamente a liberdade de culto no inciso VI do artigo 5º, dizendo ser assegurado “o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma de lei, proteção aos locais de culto e suas liturgias”.

A religião é mais que a contemplação de Deus, a religião se exterioriza por meio de ritos, cerimônias, reuniões, manifestações, hábitos e tradições da religião escolhida; e esta exteriorização, seja no âmbito privado ou público, é garantida pela Carta de 88, consistindo na liberdade de culto (DA SILVA, 2000, p. 252).

As Constituições anteriores previam a liberdade de culto, desde que respeitado os bons costumes, contudo, tal limitação deixou de existir na Constituição de 1988. Apesar de não constar tal restrição na Constituição vigente alguns doutrinadores, por exemplo, Bastos (2001, p. 56), defendem que tal limitação permanece na Carta Magna de forma implícita, devendo ser respeitado até os dias de hoje.

Contudo, a liberdade religiosa não pode servir de pretexto para prática de ilícitos penais; inclusive já existe decisão no Supremo Tribunal Federal, por meio do RHC 62240 (RTJ, 114/1038, Rel. Min. Francisco Rezek) no sentido de que curandeirismo não se inclui dentro da liberdade religiosa (MENDES, 2011, p. 359).

De acordo com Moraes (2011, p. 52), a liberdade religiosa, como as demais liberdades públicas, não atinge grau absoluto, não sendo permitido a qualquer religião ou culto praticar atos atentatórios à lei, sob pena de responsabilidade civil e criminal.

Da Silva (2000, p. 253) nos ensina que cumpre ao poder público não embaraçar o exercício de cultos religiosos, e protegê-los, impedindo que outros façam, já pronunciando neste sentido o Supremo Tribunal Federal, no caso do ex-Bispo de Maura que constituiu uma Igreja com o mesmo rito da católica, mas desvinculada à mesma.

É certo que, tanto a liberdade religiosa, como a liberdade de culto, este último abrangido pelo segundo, deve ser respeitada por todos e garantido pelo poder público, desde que não afronte a lei, por exemplo, cometendo um ilícito penal, adequando na definição de liberdade negativa ensinada por Bobbio, acima já visto.

3.3.4 Liberdade de organização religiosa

A liberdade de organização religiosa é de suma importância no seu relacionamento com o Estado, existindo três modelos, quais são o da fusão ou confusão, união e separação.

Segundo classificação de Bobbio (1999, p.181-182 apud SORIANO, 2002, p. 77-78) a relação entre Estado e Igreja é a seguinte: a) *Reductio ad unum*. distingue-se conforme se trata a redução do Estado à Igreja (teocracia) ou da Igreja ao Estado (Cesaropapismo); b) *Subordinação*: Estado subordinado à Igreja (potestas indirecta ou potestas directa da Igreja sobre o Estado), ou que a Igreja seja subordinada ao Estado (jurisdicionalismo e territorialismo nas monarquias absolutas); c) *Coordenação*. Reconhecimento recíproco dos dois poderes, cada um na própria ordem; d) *Separação*: Modelo americano, qual as igrejas são

consideradas associações, tendo a liberdade reconhecida pelo Estado de se desenvolver dentro dos limites das leis.

E conclui que, o Brasil colonial se utilizava do modelo da Absorção da Igreja pelo Estado, ou da subordinação do primeiro pelo segundo (fusão) (SORIANO, 2002, p. 78).

Porém, com o advento da república, o Brasil adotou o modelo da separação por meio do Decreto nº 119-A de 1890, lavrado por Rui Barbosa.

Da Silva (2000, p. 253-256) nos ensina que a Constituição de 1988 prevê a liberdade de organização religiosa prevendo, no decorrer de seu texto, a separação e colaboração entre o Estado e Igreja (inciso I, art. 19, CF/88); a assistência religiosa (art. 5º, VII); o ensino religioso (art. 220, §1º); casamento religioso (art. 226, §§1º e 2º).

4 DO CONSTITUCIONALISMO DO DIREITO

Como sabemos, o Direito Constitucional é um conjunto de normas fundamentais instituidoras do Estado que visa reger a sociedade e, se imaginarmos as normas jurídicas escalonadas como uma pirâmide, certamente a Constituição fica no seu cume.

O Direito Constitucional é de norma de Direito Público, apesar de diversas normas de Direito Privado estarem previstas na Constituição. Para tanto, importante não nos esquecermos da premissa jurídica de que o Direito é uno e indivisível, sendo separado, apenas, para efeito didático.

Estudaremos, neste capítulo, a “divisão” do Direito em Público e Privado, bem como, a constitucionalização do Direito Privado e institutos do Direito Civil, a partir do Código Napoleônico, bem como, a relação do Direito Constitucional com outras áreas do Direito.

4.1 Da divisão entre direito público e privado

Segundo Araújo (2010, p. 24-25), o Direito quanto ao seu objeto, divide-se em dois grandes ramos: Público e Privado.

Por tal divisão, o Direito Privado tutela as relações jurídicas entre particulares, pessoas físicas (indivíduos), ou jurídicas (empresas, fundações, sociedades), de ordem patrimonial e pessoal, destacando o Direito Civil, Empresarial, e do Trabalho.²⁵ Por sua vez, o Direito Público, refere-se às relações que predominam os interesses de ordem pública, nas quais o Estado participa diretamente, fazendo uso de suas prerrogativas de autoridade e soberania. Assim, por meio de regras desse ramo do direito, o Estado disciplina a vida da comunidade, tal como, a relação dos particulares (cidadãos) com si mesmo (Estado), a relação com quem lhe presta serviços (servidores públicos), e ainda, a relação entre estados distintos, regulando, portanto, interesses estatais, sociais, e individuais, estes de somente de forma reflexa (ARAÚJO, 2010, p. 24-25).

Vilhena (1972, p. 13-18) nos ensina, que a divisão do Direito em Público e Privado na doutrina clássica, desde Ulpiano, constituiu um dos temas mais árduos da ciência jurídica, pois seu exame envolve múltiplas acepções jurídicas em sintonização das variadas posições assumidas pelo Estado, como instrumento de ação jurídica em suas relações com os

²⁵ Não é unânime na doutrina a participação do Direito do Trabalho como vértice do Direito Público, uma vez que há quem entenda como ramo do Direito Privado.

indivíduos; e que é das relações jurídicas, equacionadas pelo Estado como ordem jurídica, que se tiram as relações de direito público e as de direito privado, portanto, das relações ou situações de vida apanhadas pela órbita do direito, que são relevantes para a vida jurídica.

Quando se ocorre Direito Público e Privado, entende-se que a respectiva relação de vida foi reconhecida pelo Estado, estando normatizada tal relação, de modo que a intromissão de conceitos políticos, econômicos, ideológicos e mesmo teleológicos exclusivos, desvirtuaria a análise científica do fenômeno divisório, que ora se estuda (VILHENA, 1972, p. 19).

Sobre a necessidade de identificar elementos irreduzíveis, que são constantes categorias que compõem as linhas mestras do fenômeno, impossível encontrar, para cada lado, sua diferença e gênero próximo, que tutelam interesses públicos e privados (VILHENA, 1972, 47). Assim, sem Direito Público, não há Direito Privado.

Conforme nos ensina Barroso (2010, p. 53-54), a demarcação conceitual entre o Direito Público e Privado é típica dos sistemas fundados na tradição romano-germânico do que no *commomlaw*. Para tanto, para sua diferenciação, deve-se analisar o objetivo da norma, com o interesse preponderante tutelado pelo mesmo. Se a norma visar proteger o bem coletivo e interesse social será de Direito Público, que se sobressai perante o interesse particular, o Direito Privado; em sentido contrário, se os interesses dos particulares se equivalem, devendo, neste caso, haver igualdade jurídica entre as partes, a norma é de direito privado.

Segundo Barroso (2010, p. 55-56), em uma visão esquemática, para se identificar Direito Público do Privado, temos a podemos fazer a seguinte divisão:

Quanto aos sujeitos da relação jurídica: a) se forem ambos particulares: direito privado; b) se um ou ambos forem Estado ou pessoa jurídica de direito público: direito público. *Quanto o objeto da relação jurídica:* a) se o interesse predominante for individual, particular: direito privado; b) se o interesse predominante for de natureza geral, da sociedade como um todo: direito público. *Quanto a natureza da relação jurídica:* a) se a posição dos sujeitos se articular em termos de igualdade jurídica e coordenação: direito privado. b) se a posição dos sujeitos se articular em termos de superioridade jurídica e subordinação: direito público.

Normalmente, o Direito é Público na sua origem, quando as normas são emanadas do Estado visando, em última análise, o bem estar de cada pessoa, individualmente, sem infirmar a validade e utilidade da classificação Público e Privado (BARROSO, 2010, p. 56).

Quanto ao regime jurídico do regime público temos o princípio da legalidade, a supremacia do interesse público perante o particular, a indisponibilidade dos bens públicos e,

portanto, inalienáveis, os contratos públicos, em regra, mediante licitação e concurso público, e a responsabilidade civil objetiva (BARROSO, 2010, p. 57-58).

No regime jurídico de Direito Privado, podemos destacar os princípios da livre iniciativa e da autonomia de vontade, liberdade de contratar, a propriedade privada, e a responsabilidade civil subjetiva.

Diante de todos os institutos de Direito Privado constantes na Constituição, estudaremos, no presente trabalho, o direito à personalidade, o qual guarda relação direta com o direito à liberdade religiosa; mas antes, destacamos a evolução das Constituições com o fenômeno da publicização²⁶ do Direito Privado, bem como, a relação da Constituição com o alguns ramos do Direito, tais como, o Direito Civil, Tributário e do Trabalho, direitos estes insertos no texto Constitucional.

4.2 Da constitucionalização do direito e a publicização do direito privado

Conforme ensinamentos de Moraes (2014, p. 3), o constitucionalismo escrito surge com o Estado,²⁷ com a função de racionalização e humanização, trazendo a necessidade da proclamação de direitos.

Como consequência, surgem novas declarações de direitos, como a *Declaração da Virgínia*, de 16 de junho de 1776, a *Declaração de Independência dos Estados Unidos da América* (04 de julho de 1776), seguida da *Constituição dos Estados Unidos* (17 de setembro de 1787), com suas primeiras emendas aprovadas em 25 de setembro de 1789 e ratificadas em 15 de dezembro de 1791 (MORAES, 2014, p. 3).

O Estado de Direito, então, era consagrado por um constitucionalismo liberal do século XIX, destacando-se a *Constituição de Cádiz* (19 de março de 1812), a primeira *Constituição Portuguesa* (23 de setembro de 1822, a primeira *Constituição Brasileira* (25 de março de 1824) e a *Constituição Belga* (7 de fevereiro de 1831) (MORAES, 2014, p. 3).

Após, documentos escritos do constitucionalismo moderno exsurgiram: a *Declaração de Direitos da Constituição Francesa* (4 de novembro de 1848), documento precursor no século XX, prevendo em seu texto que a República Francesa tinha por princípio a liberdade,

²⁶ Interferência estatal no âmbito do direito privado. (DINIZ, 2005, p. 1020).

²⁷ Definição de Estado: é a forma histórica de organização jurídica limitado a um determinado território e com população definida e dotado de soberania, que por sua vez, configura-se e um poder supremo no plano interno e num poder independente no plano internacional. (MORAES, 2014, p. 2-3).

igualdade, e a fraternidade, tendo por base a família, o trabalho, a propriedade e a ordem pública e estabelecendo a proteção do cidadão e seu trabalho (MORAES, 2014, p. 3).

O Estado Liberal, através do constitucionalismo clássico, vigorou do século XVIII ao início do século XX tendo por objetivo cessar a pessoalidade do antigo regime, elevando, como princípio norteador, a igualdade formal que poderia ser alcançada por meio do enrijecimento das leis, não mais cabendo ao aplicador dosar a seu bel prazer a aplicação das mesmas. A lei, agora, tratava-se de dispositivo fechado a interpretações (GOUVEIA; GOUVEIA; SILVA, 2012).

Assim, neste período do Estado Liberal, havia uma supervalorização do individualismo, em que se protegia as relações privadas sem interferências do Estado, em nome da autonomia da vontade do indivíduo. Um exemplo desta a autonomia de vontade superprotegida verificava-se nas relações contratuais, que permitia o indivíduo contratar com terceiros direitos e obrigações sem que o Estado pudesse intervir, de acordo com o brocardo jurídico: *pacta sunt servanda*.

Contudo, o Estado Liberal, fundamentado na liberdade individual, na autonomia de vontade, igualdade formal entre as partes e a garantia absoluta da propriedade, foi perdendo espaço para o que se denominou de Estado Social,²⁸ com espaço para a função social das instituições da propriedade e do contrato, e solidariedade social (BARROSO, 2010, p. 368).

Nesta época, para a ascensão desse Estado Social, grande influência teve o manifesto comunista de Karl Marx que, no século XIX, passou a embasar o movimento dos trabalhadores que, junto com os reflexos do cartismo na Inglaterra e da Comuna de 1871 na França, passaram a minar as bases do Estado Liberal (MORAES, 2014, p. 4).

Conforme nos ensina Tepedino (1991), tal transformação econômica, social e jurídica, se inicia a partir da *1ª Grande Guerra Mundial*, sobretudo, pelo florescimento do Estado Moderno, assumindo funções antes destinadas ao Direito Privado, afetando o Direito Civil nas suas estruturas, sobretudo, quanto a ideia de contrato e propriedade privada.

²⁸ Conforme ensinamentos de Diniz (2005, p. 483), Estado Social é aquele que tem poderes de intervenção na liberdade e na propriedade, na medida do que for necessário para garantia da existência do pleno emprego e da força do trabalho, podendo intervir, portanto, nas searas socioeconômica, previdenciária, educacional, etc. Bonavides (2007, p. 184), ao distinguir Estado Social de Estado socialista, nos ensina que o Estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. No Ocidente é distinguido desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar, mantendo sua adesão à ordem capitalista, como princípio cardeal.

Contudo, fora a *Constituição de Weimar* (1919) que serviu de modelo para inúmeras outras Constituições ditas sociais do primeiro pós-guerra, havendo uma crescente constitucionalização do Estado Social de direito, com a consagração de textos que protegiam os direitos sociais, convertendo-os em direito positivo, elevando-os ao *status* de princípios constitucionais e protegidos pelas garantias do Estado de Direito (MORAES, 2014, p. 4).

Com o contexto histórico da 1ª e da 2ª Guerra Mundiais, o positivismo começava a galgar para seu fim. O Estado Social já apresentava contornos de interventor e o advento dos Direitos Fundamentais de 2ª geração/dimensão, que buscavam a igualdade material (GOUVEIA; GOUVEIA; SILVA, 2012).

O velho liberalismo, já não podia resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletariadas da sociedade e, por isso, entrou irremediavelmente em crise. A liberdade política como liberdade restrita era inoperante; não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam à margem da vida, despossados de quase todos os bens (BONAVIDES, 2011, p. 188).

Certo é que muito se galgou até solidificar-se a ideia de Estado Social ao redor do qual se orbita, atualmente, o mundo jurídico. O neoconstitucionalismo é descendente, ainda jovem, de um longo período de positivismo que, ainda hoje, possui fortes influências em certos dispositivos legais e orientações jurisprudenciais e doutrinárias (GOUVEIA; GOUVEIA; SILVA, 2012).

Assim, com o enfraquecimento do indivíduo e de sua autonomia, bem como, das demais instituições de Direito Privado e o nascimento de um Estado preocupado com o coletivo, o mesmo passa a interferir na relação entre particulares.

Libertando-se finalmente das amarras do positivismo, o Estado de Direito alcançou com o constitucionalismo contemporâneo duas grandes mudanças na visão jurídica da norma constitucional que influenciariam os campos de atuação do Direito Privado e Público: a visão da Constituição como norma jurídica dotada de imperatividade e o surgimento de uma jurisdição constitucional. Em outras palavras, desdobrou-se a concepção da Constituição como Lei Maior (GOUVEIA; GOUVEIA; SILVA, 2012).

Como consequência, a Constituição passa a ser a norma mais importante do sistema jurídico, devendo todas as leis infraconstitucionais, seja na sua edição pelo Poder Legislativo, seja na aplicação pelos operadores de direito, respeitar seus preceitos, sob pena de serem

consideradas inconstitucionais, portanto inválidas. Também, as normas de direito civil e comercial/empresarial, direito do trabalho passaram a constar expressamente na Constituição, impondo limites à institutos de direito privado que antes não existiam, tais como, função social da propriedade e função social do contrato.

Ademais, passa o Estado a interferir nas relações entre os particulares, mediante a introdução de normas de ordem pública que visam proteger o lado mais fraco da relação jurídica, tais como, o empregado, o consumidor e o locatário, implementando, assim, o dirigismo contratual²⁹ e, por consequência, a consolidação do fenômeno da publicização do direito privado (BARROSO, 2010, p. 368).

Tepedino (1991) faz crítica, questionando tal mudança ser devido à publicização, atribuindo a uma mudança interna e estrutural do próprio Direito Privado, alterando suas relações com o Direito Público, primeiramente, por conta da perda da posição que ocupavam os códigos civis no centro do sistema, reduzindo o espaço reservado da liberdade e aos contratos, bandeiras do liberalismo. Em segundo, a substituição da autonomia absoluta do indivíduo pela integração do homem à sociedade, ou seja, o individual pela a associação de indivíduos, sobretudo por conta da industrialização, além da tendência pela busca do Estado pela justiça social.

4.3 Da Constituição Federal em si

O Direito Constitucional é um ramo do Direito Público, fundamental à organização e funcionamento do Estado,³⁰ e sua articulação são elementos primários para estabelecimento das bases de estrutura política (MORAES, 2014, p. 1).

Moraes (2014, p. 6), define Constituição da seguinte forma:

é a lei suprema do Estado, que contem normas referentes à estruturação do Estado, formação dos poderes, públicos, forma de governo e aquisição do poder de governar, distribuição de competências, direitos e garantias e deveres dos cidadãos. [...] individualiza os órgãos competentes para edição de normas jurídicas, legislativas ou administrativas.

²⁹ Intervenção estatal na economia do negócio jurídico contratual, impondo restrições ao princípio da autonomia da vontade. São medidas restritivas estatais, interferindo o Estado nestas nas relações contratuais mediante aplicação de normas de ordem pública, revisões judiciais dos contratos, com fundamento nos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, supremacia do interesse público sobre o particular., com finalidade de amparar o fraco contra o forte, tornando a relação entre as partes mais equilibradas. (DINIZ, 2005, p. 218).

³⁰ Definição de Estado: é a forma histórica de organização jurídica limitado a um determinado território e com população definida e dotado de soberania, que por sua vez, configura-se e um poder supremo no plano interno e num poder independente no plano internacional. (MORAES, 2014, p. 2-3).

Para Da Silva (2000, p. 39-41), a Constituição é a lei fundamental do Estado, com o objetivo de organização dos seus elementos essenciais, portanto, um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, estabelecimento de seus órgãos, os limites de suas ações, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias, organizando os elementos constitutivos do Estado.

Segundo Barroso (2010, p. 361-362) a Constituição Federal promulgada em 1988, tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática e consolidar o mais longo período de estabilidade política na história do nosso país e, pela euforia do poder constituinte, trouxe uma Carta mais que analítica, mas também prolixa e paternalista, se referindo ao Estado Social. Incluindo, assim, em seu texto constitucional, de maior ou menor relevância, ou seja, de importantes princípios a regras miúdas, de diversas áreas do Direito, tais como, Direito Administrativo, Penal, do Trabalho, Processual Civil e Penal, Financeiro, Orçamentário, Tributário, Internacional.

4.4 Da relação entre o Direito Constitucional e demais ramos do Direito

A partir dos tópicos seguintes, passaremos a descrever a relação de alguns ramos do direito com o direito constitucional.

4.4.1 Do Direito Civil

Primeiramente, o Direito Civil merece destaque pela perda de suas forças e prestígio. Sua codificação costumava ficar no centro do sistema jurídico, mas com o passar do tempo, sobretudo pela substituição do Estado Liberal pelo Estado Social e, por consequência, da ocorrência da publicização do direito privado, perdeu espaço.

Conforme nos ensina Tepedino (1991) o direito civil, tradicional, era aquele que se formulou no Código de Napoleão, pela sistematização operada por *Jean Domat*, quem veio a separar das leis civis e públicas, delimitando o conteúdo inserto no Código Francês, servindo de modelo para as codificações do Século XIX.

Destaca-se também a *Declaração dos Direitos do Homem de 1789*, promulgada na França em 26 de agosto daquele ano, que prevê em seu artigo 2^o³¹ que a finalidade de toda

³¹ Art.1º. Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum. Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais

associação política é a preservação dos direitos naturais da liberdade, propriedade, segurança e resistência à opressão, os dois primeiros sendo pilares do liberalismo da época.

O Direito Civil era identificado com o próprio Código Civil, responsável por regular as relações entre particulares, seu estado, sua capacidade, sua família e, especialmente, sua propriedade, verdadeiro reino da liberdade individual. Desta forma, concedia-se a tutela jurídica para o indivíduo de forma isolada, para que pudesse desenvolver sua atividade econômica, de forma à trazer limites suficientes para convivência social, tendo como instituto central a propriedade, prevendo direito de gozar e dispor sobre a mesma de forma absoluta (TEPEDINO, 1991).

O Código Civil é fruto das doutrinas individualista e voluntarista consagradas pelo Código Napoleônico, quais influenciaram as codificações nos outros países no período, inclusive no Brasil, qual teve seu Código Civil redigido na virada do século (1916) influenciado pela filosofia vinda da França (TEPEDINO, 1991, p. 2-3). Código Civil este que vigorou até pouco tempo atrás, vindo a ser substituído somente em 2002.

Segundo Tepedino (1991, p. 2-3), na época, o Código Civil de 1916 era verdadeira Constituição de Direito Privado, pois tinha como fundamento o indivíduo, e visava regular as atividades privadas e as relações entre particulares, igualmente, os demais códigos de sua época influenciados pelo *Código Napoleônico*,³² e o direito público, por sua vez, não interferia na esfera privada.

De acordo com o Código Civil de 1916 a propriedade era absoluta, e seu dono podia usar, gozar, e dispor da mesma como bem entendesse, bem como, seus frutos, ou ainda, simplesmente se abster de fazer uso de sua propriedade, continuando a mesma protegida pelo Estado.

Conforme ensinamentos de Barroso (2010, p. 367) as relações entre o Direito Constitucional e Civil passaram nos últimos dois séculos, por três fases distintas, da indiferença entre as duas áreas do direito, para uma convivência intensa, tendo como marco inicial a *Revolução Francesa*.

eimprescritíveis do homem. **Esses direitos são a liberdade, a propriedade** a segurança e a resistência à opressão. (grifo nosso).

³² Segundo Tepedino (1991, p. 3), essa espécie de papel constitucionalismo Código Civil e a crença do individualismo era como verdadeira religião que marcavam os Códigos do século XIX.

A *primeira fase* demonstrava que o Direito Constitucional e o Direito Civil viviam em mundos apartados. No início do constitucionalismo na Europa, a Constituição era uma espécie de Carta Política, que servia de referência na relação entre o Estado e o cidadão, enquanto que o Código Civil era um documento jurídico que regia a vida dos particulares, conhecido também como a Constituição do direito privado. Nesta fase, a Constituição dependia da intermediação do legislador, pois não tinha aplicabilidade direta e imediata, enquanto o direito civil era herdeiro da tradição do direito romano. O Código Napoleônico protegia a propriedade e a liberdade de contratar, atendendo o ideal Burguês, dando-lhes segurança jurídica (BARROSO, 2010, p. 368). A *segunda fase* é a da *publicização do direito privado*. Barroso (2010, p. 368) ensina que, a interpretação do Direito Civil conforme a Constituição impôs um novo conjunto de valores e princípios, tais quais: a) a função social da propriedade; b) a proteção ao consumidor, com o reconhecimento de que é a parte mais fraca; c) a igualdade entre os cônjuges; d) a igualdade entre os filhos; e) a boa fé objetiva; f) o efetivo equilíbrio contratual; g) e destacando no direito de família a efetividade substituindo as relações formais e materiais, reconhecendo uma pluralidade de constituição de famílias: g.1) casamento; g.2) união estável; g.3) famílias monoparentais; g.4) união homoafetiva.

Das instituições de Direito Privado qual citamos como exemplo, o direito à propriedade é o que talvez seja o mais emblemático nesta transição, qual veremos mais abaixo no presente estudo.

A *terceira fase*, conforme descrito por Barroso (2010, p. 369), é o da constitucionalização do Direito Privado, ou seja, a Constituição passa a ser o centro do sistema jurídico, tornando-se um verdadeiro filtro para o direito privado, qual deve ser interpretado de acordo com os preceitos constitucionais. Assim, as normas de direito civil e comercial/empresarial passaram a constar expressamente na Constituição, impondo os novos elementos surgidos na *segunda fase*, tais como, a livre iniciativa, e a função social da propriedade.

A Constituição de 1988, que já foi concebida de acordo com os preceitos de um Estado moderno, em busca de uma justiça social, privilegiando a coletividade em detrimento do indivíduo, passou à prever que a propriedade tinha que atender sua função social.

O Código Civil de 2002 não alterou o conceito de propriedade trazido pelo Código de 1916, contudo, é certo que, após o advento da Constituição vigente, o direito à propriedade passa a ser interpretado à luz da Lei Maior, centro do sistema legal brasileiro, perdendo assim

a propriedade o caráter absoluto de outrora, devendo respeitar sua função social, sob pena de, inclusive, perder sua proteção do Estado.

Além da propriedade, outros institutos previstos no Código Civil, provenientes do Direito Privado, passaram a encontrar regulamentação na Constituição, como o casamento, a constituição da sociedade conjugal e suas dissoluções (art. 226, CF), direito à igualdade entre filhos adotados e legítimos (art. 227, § 6º, CF), defesa do consumidor (art. 5º, XXXII, CF) a propriedade (art. 5º caput e incisos XXII e XXIII; art. 170, II e III, CF), livre concorrência (art. 146-A, CF).

Dentro das normas de Direito Civil insertas no texto constitucional, passaremos a estudar o direito da personalidade, qual faz parte o direito da liberdade, inclusive a liberdade religiosa, objeto do presente estudo.

4.4.1.1 Do direito da personalidade

O direito da personalidade está previsto na Constituição em diversas passagens, e no Código Civil de 2002, do artigo 11 ao 21.

Segundo, Szaniawski (2005, p. 63) a gênese da personalidade do ser humano, se inicia a partir do momento em que o indivíduo passa a ser considerado pessoa, ou seja, à partir do nascimento com vida, assegurado a proteção aos direitos do nascituro, de acordo com a doutrina clássica do direito civil, influenciada pelo direito romano. Essa, inclusive, é a definição trazida pelo Código Civil de 2002, qual repetiu o Código de 1916, quanto à fixação do direito da personalidade com o nascimento, resguardado direitos do nascituro desde sua concepção.

Szaniawski (2005, p. 64) nos ensina que há controvérsia na doutrina acerca dessa teoria, pois alguns doutrinadores³³ entendem que os fetos possuem direito da personalidade desde sua concepção.³⁴

Sobre o tema, destacamos o julgamento do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus (HC) nº 124306) que decidiu não ser crime o aborto de feto até o terceiro mês de gestação,

³³ Nesse sentido: Clóvis Beviláqua e Teixeira de Freitas.

³⁴ Szaniawski (2005, p. 65) menciona ainda, que o próprio Código Civil vigente, que não modificou o que era anteriormente previsto no Código de 1916, em que pese a redação dada pelo artigo 2º, prevê diversos direitos ao nascituro, tais como, reconhecimento de filho antes de seu nascimento (art. 1609, par. único), curatela do nascituro (Art. 1779), legitimação dos nascituros como herdeiros no momento da abertura da sucessão (art. 1798), possibilidade de legitimação de filho apenas concebido (art. 353).

reforçando, a nosso ver, a não existência de direito da personalidade do feto, diante das características de tal direito que veremos ainda no presente capítulo deste trabalho.

De acordo com Reale (2004) o direito da personalidade corresponde a um valor fundamental, a começar pelo do próprio corpo, que é a condição essencial do que somos, do que sentimos, percebemos, pensamos e agimos.

De Cupis (2008, p. 19-23) define a personalidade como uma susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas, não se caracterizando nem como direito, nem como obrigação, mas como precondição dos mesmos, ou seja, seus fundamentos e pressupostos. Assim, a personalidade seria uma constituição física destinada a ser revestida de direitos, assim como os direitos seriam destinados à revestir esta mesma configuração. O referido autor (DE CUPIS, 2008, p. 20) menciona ainda, que o ordenamento jurídico é árbitro na atribuição da personalidade, confirmado historicamente que como princípio, diz respeito a todos igualmente, dos nascituros aos entes diversos dos homens.

De acordo com Szaniawski (2005, p. 70) a personalidade seria um conjunto de caracteres do próprio indivíduo, intrínseco à pessoa humana, tratando-se de um verdadeiro bem jurídico, o primeiro bem inerente a pessoa humana, quais abrangem a vida, a liberdade, inclusive a liberdade religiosa, a honra, entre outros.

Para Venosa (2013, p. 179) a personalidade não é apenas um direito, mas sim, um conceito básico sobre o qual se apoiam os direitos; tratando-se de direitos privados fundamentais, que devem ser respeitados de forma a permitir a existência e a convivência dos seres humanos.

Quanto a denominação do direito à personalidade, de acordo com os ensinamentos de Bittar (1989, p. 2-3) houve algumas divergências entre os doutrinadores, sendo atribuído as seguintes denominações: “direitos essenciais da pessoa”, “direitos subjetivos essenciais”, “direitos da personalidade”, “direitos à personalidade”, ou “essenciais”, ou ainda, “fundamentais da pessoa”, “direitos sobre a própria pessoa”, “direitos individuais”, direitos pessoais”, e “direitos personalíssimos”. Contudo, o termo preferido e adotado pelos doutrinadores mais modernos, tais como, Adriano de Cupis, Orlando Gomes, Limongi França, Antonio Chaves, Orozimbo Nonato e Anacleto de Oliveira Faria, é o *direito da personalidade*.

Quanto à sua natureza, são direitos ínsitos à pessoa, em função de sua própria estruturação física, mental e moral, dotados de certas particularidades lhes conferindo posição singular dentro dos direitos privados, gravados com as características da intransmissibilidade e da irrenunciabilidade, impondo limites ao seu próprio titular (BITTAR, 1989, p. 5).

Quanto à natureza, Szaniawski (2005, p. 80) nos ensina que, apesar da controvérsia sobre a existência ou não dos direitos à personalidade, bem como, sua natureza, a doutrina predominante no mundo, é de que além de existir os direitos da personalidade, eles são subjetivos,³⁵ quanto a sua natureza.

Quanto ao direito da personalidade ser positivo ou natural, segundo Bittar (1989, p. 6-7), há divergência, sendo que os positivistas³⁶ entendem que os direitos à personalidade são aqueles apenas reconhecidos pelo Estado como tal, enquanto os naturalistas,³⁷ entendem que são faculdades exercidas normalmente pelo homem, atribuídos a condição de pessoa humana. Portanto, o direito da personalidade é um direito inato à pessoa.

De Cupis (2008, p. 24) defende que não é possível denominar os direitos da personalidade como direitos inatos, relativos à natureza da pessoa, pois são vinculados ao ordenamento positivo, de igual forma os demais direitos subjetivos. E conclui, que o ordenamento jurídico positivo atribui atualmente aos indivíduos, pelo simples fato de possuírem personalidade, determinados direitos subjetivos,³⁸ os quais nesse sentido, podem ser considerados inatos.

Segundo Bittar (1989, p. 11), além de inatos (o que há divergência conforme acima exposto), os direitos da personalidade possuem as seguintes características: absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis erga omnes. Quanto ao autor defender que os direitos da personalidade são absolutos, devemos fazer ressalvas.

³⁵ Direito Subjetivo, entendemos como a prerrogativa do detentor do direito reconhecido pela norma, de defender ou não seu direito pelos meios adequados oferecidos pelo Estado. Diniz (2005, p.211), define como “[...] autorização de assegurar o uso do direito subjetivo, de modo que o lesado pela violação da norma está autorizado por ela a resistir contra a ilegalidade, a fazer cessar o ato ilícito, a reclamar reparação pelo dano e a processar criminosos, impondo-lhes pena”

³⁶ De Cupis e Tobenãs.

³⁷ Limongi França.

³⁸ “[...] os direitos da personalidade constituem uma categoria autônoma no sistema dos direitos subjetivos” (DE CUPIS, 2008, p. 38).

Conforme veremos no presente trabalho, diversos autores defendem sobre a não existência de princípio absoluto, quiçá direitos absolutos. Peguemos como exemplo o direito à vida, o direito do indivíduo mais importante. Existem diversos países que são Estados Democráticos de Direito que existe a pena de morte. No Brasil, em regra, não existe a pena de morte, havendo exceção quando declarado estado de guerra, conforme previsão Constitucional (art. 5º, inc. XLVII, “a”, CF).

Venosa (2013, p. 181), explica que os direitos da personalidade são absolutos, no sentido de serem *erga omnes*, válidos para todos.

Ainda, os direitos da personalidade são essenciais ao indivíduo e, por possuir esse caráter são, na maioria das vezes, direitos inatos porém, não podem ser reduzidos aos âmbitos destes (DE CUPIS, 2008, p. 27).

O objeto dos direitos da personalidade é interior ao próprio ao sujeito, e não exterior como os demais bens. Assim, a identidade de sujeito e objeto pode revelar-se a própria pessoa. Os direitos da personalidade tem por objeto o modo de ser da pessoa, seja quanto seu aspectos físicos ou morais, pois a vida, a integridade física, a liberdade, são os bens mais preciosos do indivíduo,³⁹ constituem aquilo que somos, ou seja, o “ser” e não o “ter” (DE CUPIS, 2008, p. 29-31).

São características dos direitos da personalidade:

- *Não patrimoniais* (Extrapatrimoniais)

O Código Civil de 2002, em seu artigo 12, prevê que se pode exigir que cesse lesão e ameaça aos direitos da personalidade, bem como, reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas na lei.

De acordo com Venosa (2013, p. 180), os direitos da personalidade diferem dos direitos patrimoniais, pois o sentido econômico desses direitos é absolutamente secundário e somente aflorará quando transgredidos, por meio de pedidos substitutivos, como exemplo, por meio de uma reparação pecuniária indenizatória pela violação do direito, que substituirá à contendo o direito violado. E complementa que os danos decorridos da violação dos direitos

³⁹ Importante destacar lição de De Cupis (2008, p. 33), no sentido de que os bens objetos dos direitos da personalidade satisfazem necessidades de ordem física ou moral, nem todas aplicáveis à pessoa jurídica, existindo certa limitação que não existe na pessoa física.

da personalidade são nitidamente de ordem moral, e os danos patrimoniais decorrentes da lesão somente ser dará de forma secundária.

Para De Cupis (2008, p. 35-37) os direitos da personalidade não possuem o caráter de patrimônio, pois conforme vimos, não faz parte do “ter” do indivíduo, mas do “ser” físico e moral, que não contem uma utilidade de ordem econômica imediata. A vida, a integridade física, a liberdade, permitem o indivíduo conseguir outros bens de caráter patrimonial, bem como, quando o sujeito tem seus direitos da personalidade lesados, lhe cabe ressarcimento pelo dano. Contudo, o direito derivado de trabalhar e adquirir patrimônio, e o da indenização quando há lesão do direito, não altera o caráter não patrimonial do direito da personalidade.

- *Intransmissibilidade e Irrenunciáveis*

De acordo com o próprio Código Civil vigente, no seu artigo 11,⁴⁰ há previsão expressa sobre a intransmissibilidade e irrenunciabilidade dos direitos da personalidade.

Pelos direitos da personalidade resguardarem a dignidade humana, entende-se que ninguém, por exemplo, pode dispor de sua privacidade, renunciar à liberdade, ceder seu nome de registro para utilização por outrem, ou renunciar ao direito de pedir alimentos no campo de família (VENOSA, 2013, p. 182).

- *Indisponibilidade (Inalienável)*

Conforme ensinamentos encontrados na obra de Diniz (2005, p. 199), direito à personalidade é aquele cujo exercício compete exclusivamente a seu titular, sendo, portanto, indisponível ou intransferível, tais como, o direito à honra, à liberdade e à integridade física.

Para Venosa (2013, p. 181) os direitos da personalidade são mais que inalienáveis, mais propriamente, relativamente indisponíveis, porque, em princípio não podem ser comercializados, portanto fora do comércio, possuindo valor econômico somente de forma reflexa, não imediata.

- *Vitalícios (Perpétuos) e Imprescritíveis*

⁴⁰ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária. (grifo nosso). (BRASIL, 2002, grifo nosso).

O parágrafo único do artigo 12⁴¹ do Código Civil de 2002 prevê que, após a morte, é parte legítima para defender os direitos da personalidade, o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Os direitos da personalidade são vitalícios porque perduram enquanto perdurar a personalidade do indivíduo até o seu falecimento, podendo transcender a própria vida, pois são protegidos também após o falecimento, conforme a redação expressa do parágrafo único do artigo 12 do Código Civil acima mencionado.

Pela mesma razão são imprescritíveis, porque podem ser defendidos durante a vida e *post mortem*.

Logo, podemos concluir que o direito da personalidade é mais que direito, é valor fundamental, base do próprio direito, inerente à pessoa desde o seu nascimento, tais como, a vida, integridade física, a liberdade, inclusive a religiosa, portanto, são os bens mais preciosos do indivíduo; considerado ainda, inato e absoluto por alguns autores e, em regra, extrapatrimoniais/não patrimoniais, irrenunciáveis, intransmissíveis, indisponíveis/inalienáveis, vitalícios/perpétuos, imprescritíveis, podendo ser defendidos inclusive após a morte.

4.4.2 Do Direito Tributário

Segundo Machado (2009, p. 25-26), é inegável que o Estado desenvolve atividade financeira e, para alcançar seus objetivos, precisa de recursos financeiros e realiza atividade para obter, gerir e aplicar recursos. Para isso, o Estado precisa da tributação, instrumento que se tem valido para alcançar seu fim social.

Desta forma, a Constituição Federal de 1988, na sua *Seção II* denominado de *Limitações do Poder de Tributar* retrata regras que impõe limites ao poder do Estado instituir e cobrar impostos dos contribuintes, além das regras já previstas no Código Tributário, Lei nº 5.172 de 1966.

Destacamos, brevemente, os dizeres de Baleeiro (2006, p. 14-18), sobre as limitações ao poder de tributar do Estado, e os princípios tributários trazidos na Constituição.

⁴¹ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. *Parágrafo único*. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau. (BRASIL, 2002).

A grande massa de imunidades e dos princípios consagrados na Constituição de 1988, dos quais decorrem limitações ao poder de tributar são meras especializações ou explicações dos direitos e garantias individuais (legalidade, irretroatividade, igualdade, generalidade, capacidade econômica de contribuir, etc.) [...] São, portanto imodificáveis por emenda, ou mesmo revisão, já que fazem parte daquele núcleo de normas irredutível, a que se refere o art. 60, §4º da Constituição. [...] A Seção “Das Limitações do Poder de Tributar”, contém apenas algumas imunidades e alguns princípios, números *apertus*, deixando expressamente consignada a existência de outras limitações também estruturais.

Algumas dessas limitações previstas na Constituição de 1988, já eram previstas em outras Constituições, tais como as de 1891, 1934 e 1946; o que não é de se estranhar, pois se trata claramente de matéria de Direito Público, que visa regular a relação do Estado com o contribuinte, impondo-lhes limites ao primeiro no seu poder de tributar.

4.4.3 Do Direito Administrativo

O Direito Administrativo visa regular a relação dos indivíduos com o Estado, e vice e versa. Segundo Barroso (2010, p. 373-374), tem origem e objetivos comuns, com o advento do liberalismo, e a necessidade de limitação do poder do Estado.

Conforme Araújo (2010, p. 23), costuma-se dizer que o Direito Administrativo é, relativamente, recente na história do Direito, com pouco mais de dois séculos de idade se comparado com o Direito Civil que adveio do Direito Romano, possuindo mais de dois mil anos. Contudo, os chamados hoje de serviços públicos sempre existiram desde os primórdios da civilização, pois sempre houve quem cuidasse da defesa das povoações contra inimigos, da ordem interna, das provisões para a subsistência da população, da limpeza, etc., atividades que objetivavam o atendimento dos interesses da coletividade.

Na Constituição de 1988, as normas de Direito Administrativo estão previstas no *Capítulo VII*, denominado *Da Administração Pública*, divididos em 4 Seções, sendo elas *Disposições Gerais* (I), *Dos Servidores Públicos* (II), *Dos Militares Dos Estados, Do Distrito Federal e Dos Territórios*(III), e *Das Regiões* (IV).

Tais disposições trazem normas constitucionais administrativas que regulam a relação entre o Estado e os cidadãos, servidores públicos e militares. Destacando-se o caput do artigo 37, qual traz princípios que regem todos os atos da administração pública, quais são o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

4.4.4 Do Direito do Trabalho

Quanto o Direito do Trabalho, a Constituição vigente prevê diversos direitos dos trabalhadores, no *Título II* denominado *Dos Direitos e Garantias Fundamentais* e no *Capítulo II*, denominado *Direitos Sociais* (arts. 6º, 7º, 8º e 9º, CF).

Há discussão sobre se tal ramo fazer parte do Direitos Público pois, em tese, regula a relação entre particulares (patrões e empregados). Contudo, diante do afloramento do Estado Social e o reconhecimento dos direitos de segunda geração/dimensão, defende-se que tal ramo do Direito é Público, pois garante a dignidade do empregado (dignidade da pessoa humana).

Bonavides (2011, p. 46) destaca alguns dispositivos constitucionais do Direito do Trabalho, como princípios de proteção aos trabalhadores, tais como, direito de livre sindicalização, direito de greve, na Previdência Social, no salário mínimo, no repouso semanal remunerado, na participação dos empregados nos lucros e resultados da empresa, etc., consagrando admiráveis conquistas sociais da classe trabalhadora.

Com a Constitucionalização do Direito do Trabalho, adequando os direitos dos trabalhadores com o Estado Social e a dignidade da pessoa humana, um dos pilares da nossa Constituição, a meu ver, este ramo do direito passa a ser considerado como Direito Público, diante do seu nítido interesse público ao prever apenas direitos, fundamentais constitucionais diga-se de passagem, aos trabalhadores em relação ao seu empregador, e não o contrário, insertos no *Capítulo II* da Carta Política, denominados como *Direitos Sociais*.

5 QUESTÕES SOBRE LIBERDADE RELIGIOSA

5.1 Separação entre Estado e religião e a liberdade religiosa na Constituição de 1988

No presente capítulo retomaremos alguns pontos já vistos no trabalho acerca da separação entre Estado e Igreja e a laicidade adotada pelo estado brasileiro, em seu texto maior, para, então, adentrarmos nas questões sobre a liberdade religiosa no Brasil.

Sobre a separação entre Estado e Igreja, a Constituição de 1988, em seu artigo 19, inciso I, confirma tal separação ao mencionar ser proibido subvencionar, manter diretamente ou indiretamente por meio de seus representantes relação de dependência ou aliança. Da mesma forma, o referido inciso prevê ser proibido causar embaraço, ou seja, da mesma forma que o Estado não pode ajudar, também não pode atrapalhar os cultos religiosos.

Pontes de Miranda (1971, p. 185 apud DA SILVA, 2000, p. 255) especifica com clareza as consequências de o Estado adotar o laicismo, tais como, proibição de estabelecer cultos religiosos, ou seja, criar religiões ou seitas, fazer igrejas ou quaisquer postos de prática religiosa, ou propaganda; ou ainda, subvencionar cultos religiosos concorrendo com dinheiro ou outros bens e, da mesma forma, não embaraçar o exercício de cultos religiosos, ou seja, não vedar, dificultar, limitar, restringir a prática, psíquica ou material de atos ou manifestação de pensamento religioso.

Desta forma, com a reafirmação entre a separação da Igreja e Estado pela Carta de 88, repetindo Constituições anteriores, podemos concluir que a intenção do Poder Constituinte era adotar o caráter laicista ao Estado.

Sobre a laicidade é importante alertar que o instituto não se confunde com laicismo. Borges (2016) nos ensina que o laicismo rejeita toda a influência ou presença religiosa nos indivíduos e nas instituições, públicas ou privadas; enquanto que a laicidade admite influência religiosa, contudo, não se limitando apenas à uma religião, mas sim as demais confissões religiosas impedindo que o Estado aceite como própria uma só confissão, respeitando as demais por igual.

Soriano (2002, p. 85) nos ensina que este Estado laico não pode favorecer uma religião em detrimento de outra, devendo o tratamento às Igrejas serem iguais, de acordo com o

princípio da isonomia; da mesma forma que não se pode legislar sobre matéria religiosa ou subvencionar religiões, com exceção à isenção de impostos que valem para todas as igrejas.

Como dito, em diversas passagens a Carta constitucional faz menção a *Deus* e o respeito à liberdade religiosa e direito dela decorrentes já começa pelo seu *Preâmbulo*.

Apesar de o Estado declarar-se laico, percebe-se diversas passagens em seu texto que garantem direitos relacionados à crença e religião, e alguns casos, indo além, vejamos:

Acerca da liberdade religiosa, o inciso VI do artigo 5º prevê ser inviolável a liberdade de consciência e de crença, bem como, assegura o livre exercício dos cultos religiosos e se garante, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias. Seu inciso VII do artigo 5º da CF, prevê sobre assistência religiosa, assegurando a sua prestação nas entidades civis e militares de internação coletiva. Por sua vez, o inciso VIII, prevê a escusa de consciência, afirmando que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo, se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Ademais, o artigo 143 prevê ser o serviço militar obrigatório, e que compete às Forças Armadas atribuir serviço alternativo aos que, em tempos de paz, após alistados, alegarem “imperativo de consciência” decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar.

O artigo 210 prevê sobre o ensino religioso e estabelece que sua matrícula é facultativa, e que constituirá sua disciplina nos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

Por fim, o artigo 226 e seus incisos preveem sobre o casamento, qual diz é que a família é a base da sociedade e possui proteção especial do estado, e que o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

Não podemos esquecer também da imunidade tributária, prevista no art. 150, VI, “b” da Constituição Federal, aos templos de qualquer confissão religiosa.

Bittencourt (2009, p. 319) nos ensina que o Estado laico é uma utopia; portanto, sua efetividade é relativa, contudo, provoca quatro resultados importantes para sociedade, quais são: “a) inibe conflitos e perseguições de natureza inter-religiosa; b) incentiva a tolerância e

paz; c) promove a reafirmação dos direitos humanos; e d) e obstruiu exageros, tanto da religião predominante como do Estado [...]”.

Martin (2009, p. 59-67) nos ensina que a laicidade está longe de ser clara, diante de inúmeras definições que, às vezes, são divergentes. Segundo o autor, em que pese o princípio da separação das Igrejas e Estados ser considerado uma verdadeira emancipação política em relação ao religioso, bem como a neutralidade religiosa ser uma garantia à liberdade religiosa, a religião conservou vínculos estreitos com o poder político, devendo o princípio da laicidade no Brasil ser interpretada com cautela. Assim, a laicidade mantém relações ambíguas e até conflituosas com a liberdade religiosa, sendo preciso que o laicismo sectário, que defende uma estrita separação entre a Igreja e o Estado, recusando-se a levar um fato religioso e até negando sua existência, seja vencido pelo espírito liberal do laicismo, que consiste em assegurar a mais ampla liberdade de consciência, menos separatista, permitindo uma manifestação mais ampla possível da diversidade das convicções e crenças religiosas. Segundo ele, o encontro entre igreja e estado é inevitável, e devem ter garantidas suas relações pacificadas, de modo que a comunidade deve transcender as dificuldades inerentes à diversidade confessional de forma coesa, devendo o estado garantir esta coesão.

O Estado não pode ignorar fato religioso, garantindo esta coesão sem se manifestar sobre o valor espiritual das religiões, considerando como fatos sociais, devendo ser conhecidas e até reconhecidas pelo estado. A laicidade autoriza uma colaboração entre a igreja o estado, este último neutro, mas não ausente, devendo ser garantidor da liberdade religiosa (MARTIN, 2009, p. 61-63).

Martin (2009, p.65-66) conclui que a Constituição se escreve numa ótica liberal da laicidade, que mesmo vinculado aos seus compromissos internacionais, ainda adota uma concepção liberal e aberta da laicidade, tratando-se de uma escolha política. Diz ainda, que uma interpretação radical da laicidade, qual o Estado simplesmente ignora a religião, pode ser fonte de intolerância ou fundamentalismo laico ameaçando a liberdade de consciência.

Uma questão que sempre é levantada na discussão sobre a laicidade adotada pelo Estado brasileiro na Constituição Federal, por exemplo, é a utilização de crucifixos e imagens religiosas em prédios públicos. Apesar da crítica, com base na liberdade religiosa prevista na CF/88, tais imagens transcendem a questão da religião, pois se trata de uma questão cultural, de acordo com o *princípio da adequação cultural* decorrente da liberdade religiosa.

Tal questão foi analisada pelo *Conselho Nacional de Justiça* que, em voto do relator, Oscar Argollo, não viu impropriedade na ostentação de crucifixo em sala de sessão de Tribunal de Justiça, por ser uma tradição brasileira, e concluiu: seguido da maioria do CNJ que, a presença de um símbolo religioso numa dependência de qualquer órgão público, não viola, não agride, dissemina, ou sequer perturba ou tolhe os direitos de ação de outros membros (MENDES, 2011, p. 361).

Sobre a influência religiosa nos atos do Estado, importante destacar o histórico julgamento do Superior Tribunal Federal sobre o aborto de feto anencéfalo (ADPF 54), na qual havia forte influência religiosa a respeito.

Acerca do tema, o Ministro Marco Aurélio de Mello, proferiu os seguintes dizeres, conforme trecho do seu voto:

[...] seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. "Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui." [...] "Deuses e césores têm espaços apartados. O Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro. (BRASIL, 2012)

Logo, em que pese a Constituição Federal prever expressamente que o Estado é laico (art. 19, I, CF/88), não é ele ateu. Desta forma, podemos concluir que o Estado brasileiro adotou uma laicidade aberta e liberal, mais flexível, respeitando a adequação cultural fortíssima em nosso país qual teve influência religiosa do cristianismo, sobretudo da Igreja Católica, desde o descobrimento do país, na realização da primeira missa, e na fase colonial, qual o sistema educacional no nosso país foi implantado pela *Companhia de Jesus* e outras ordens religiosas vindas direto de Portugal para sua então colônia, o que não pode ser ignorado. Contudo, o Estado deve preservar a neutralidade nas relações religiosas, aplicando os princípios da liberdade religiosa sem distinção entre crenças ou convicções filosóficas.

Para Bittencourt (2009, p. 339), tanto a teoria do “Estado Religioso” como a teoria do “Estado Laico” são correntes incoerentes com a realidade entre religião e Estado, pois o Estado sempre será plural, não podendo ser absolutamente religioso ou laico, pois a população sempre será crente ou descrente em Deus.

Podemos concluir que, o Estado não pode ignorar a religião como elemento cultural da sociedade, sob pena de abastecer um “fundamentalismo laico”, o que é uma fonte de intolerância, e ameaça a liberdade de consciência, tão pouco, pode o Estado privilegiar uma religião em detrimento de outra, sob pena de abastecer um “fundamentalismo religioso” que também é perigoso, pois também seria uma fonte de intolerância entre membros de religiões diferentes. Logo, conforme Martin (2009, p.66-67), o Brasil escolheu de forma correta o laicismo liberal, que é a única garantia da liberdade religiosa, e de uma sociedade multiconfessional pacífica.

Portanto, a laicidade escolhida pelo Estado brasileiro de forma expressa em sua Constituição, mesmo que utópica, a nosso ver, não prejudica a liberdade religiosa, pelo contrário a favorece, pois da mesma forma que o Estado não pode ser influenciado pela religião, também não pode influenciar as questões religiosas, tão pouco tomar partido de uma religião em detrimento de outra que, a nosso ver, afasta a intolerância religiosa e preserva as relações entre os populares, privilegiando, assim, o princípio da isonomia.

5.2 Ensino religioso no Brasil

Quando o Brasil foi colonizado por Portugal, na vinda dos colonos, sobretudo com a chegada de Tomé de Souza, o 1º Governador Geral, no ano de 1549, já vieram em sua companhia os primeiros padres da *Companhia de Jesus* que iriam dar início a grande obra educacional.

Os jesuítas tiveram grande importância na história da educação no Brasil, quando da instalação do primeiro colégio na Bahia.⁴² Ademais, a educação no Brasil-colônia teve contribuição de outras ordens religiosas, como dos franciscanos, beneditinos, entre outros. Logo, a *Companhia de Jesus* e outras ordens religiosas foram responsáveis pela introdução do ensino no Brasil e, com ele, o ensino religioso.

Tal panorama assim permaneceu até a segunda metade do século XVIII, quando houve a reforma de Marques de Pombal, com a expulsão dos jesuítas da Metrópole e da Colônia (VENÂNCIO FILHO, 2011, p. 01-12).

⁴²Até o século XVII o Brasil possuía onze colégios em diversos estados (Pará, São Luiz do Maranhão, Espírito Santo, Rio de Janeiro, São Paulo, etc.), além das escolas para meninos e outros colégios menores.

Apesar do rompimento entre Estado e Igreja ter se dado pelo Decreto nº 119-A, de 1890, a influência da Igreja é grande até hoje, conforme podemos observar na própria Constituição vigente.

Mais especificamente sobre o ensino religioso, a Constituição de 1988 prevê no parágrafo primeiro do artigo 210, expressamente, a possibilidade do ensino religioso nas escolas públicas, contudo, com matrícula facultativa, mas que constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

Para Moraes (2011, p. 52), o ensino religioso poderá constituir disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, desde que sua matrícula seja facultativa, adequando-se as demais liberdades públicas, tais como, liberdade de culto religioso e a laicidade do Estado brasileiro previsto expressamente na Constituição, pelo fato de o Brasil ser laico, mas não ser ateu, conforme menção à Deus no seu Preâmbulo.

O ensino religioso é reafirmado pelo artigo 11 e §1º do Decreto Federal nº 7.107, de 11 de fevereiro de 2010,⁴³ responsável pela promulgação do acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé, firmado no Vaticano. A Lei de Bases e Diretrizes da Educação Nacional, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, em seu art. 33 e seguintes, prevê sobre o ensino religioso, dizendo que, apesar de ser de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão, e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.⁴⁴

Tanto o artigo 11 e seus parágrafos do Decreto que homologou o acordo firmado do Brasil e a Santa Sé (Dec. nº 7.107/10), e o artigo 33 e parágrafos da Lei de Bases e Diretrizes da Educação (Lei nº 9.394/96, alterada pela Lei nº 9.475/97) são objetos de Ação Direta de

⁴³Art. 11. A República Federativa do Brasil, em observância ao direito de liberdade religiosa, da diversidade cultural e da pluralidade confessional do País, respeita a importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa. §1º. O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação. (BRASIL, 2010).

⁴⁴ Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo. (Redação dada pela Lei nº 9.475, de 22.7.1997). § 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores. § 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso. (BRASIL, 1996).

Inconstitucionalidade (ADI nº 4439), que questiona a obrigatoriedade do ensino religioso na escola pública.

No âmbito estadual, o Estado de São Paulo prevê, expressamente, no Decreto nº 46.802 de 05.06.2002,⁴⁵ que o ensino religioso verse somente sobre a história da religião e sua relação com política e outras áreas, sem o ensino de qualquer dogma religioso.

Em que pese a previsão constitucional, leis federais, acordos internacionais com o Vaticano, e Decreto nacional que o homologou, entendemos que o ensino religioso deve ser limitado aos princípios religiosos, e não na doutrina Cristã - Católica ou qualquer outra religião-, sob pena de ferir o princípio constitucional da liberdade religiosa, devendo, portanto, serem ensinados somente aspectos históricos e os tipos de religiões, permitindo ao estudante conhecer outras religiões, a fim que se possa escolher o modo que pretende professar sua fé, mas nunca, ensinando a doutrina religiosa em si.

Para ser preservado o princípio da liberdade religiosa, entendemos que aulas de ensino religioso podem ser ministradas, devendo ser adotado pelo âmbito federal o modelo regulamentado pelo Estado de São Paulo, qual se permite apenas o ensinamento quanto aos tipos e características de cada religião, seus aspectos históricos e culturais, sua relação com a política e outras áreas, sob pena de se ferir o direito fundamental da liberdade religiosa.

5.3 Guarda do dia: crença religiosa e filosófica

Neste tópico, especificamente, analisaremos o fato de algumas religiões guardarem determinados dias da semana, quais seus membros não podem exercer quaisquer atividades, devendo reservar simplesmente esses dias para meditação religiosa, tais como nas religiões como o judaísmo e os Adventistas do Sétimo Dia.

De forma genérica, tal situação está garantida pela Constituição de 1988, qual prevê no inciso VIII do seu artigo 5º, que ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Rodrigues Junior (2009, p.106) traz, em sua obra, exemplos de julgados norte-americanos emblemáticos quanto a crença religiosa e filosófica; como o *Caso Sherbert v.*

⁴⁵ Anexo A.

Verner (1963), no qual uma cristã adventista do sétimo dia reclamava do fato de ter sido demitida, por se recusar a trabalhar aos sábados; e o *Caso Thomas v. Review Board of the Indiana Employment Security Division* (1981), no qual uma testemunha de Jeová pediu demissão porque fora transferido de setor na empresa que trabalhava para o setor de armas de fogo e, após sua rescisão contratual acabou por não receber o seguro desemprego. Em ambos os casos, a Suprema Corte Americana deu provimento aos recursos assegurando o direito à crença religiosa e filosófica em favor dos recorrentes.

Inúmeros são os casos que o direito de guardado dia não é respeitado, seja por incompatibilidade, ou mesmo, inviabilidade, tais como no exercício de determinadas profissões, em concursos públicos ou provas, ou ainda nas escolas e universidades, onde são computadas faltas aos alunos que não comparecem às sextas feiras à noite ou no sábado durante o dia, por motivo de convicção religiosa.

Assim, em que pese o direito à liberdade religiosa e proteção à crença religiosa, filosófica, ou política, estarem previstos nos incisos VI e VIII do artigo 5º da Constituição Federal, inúmeras são as situações em que tais direitos não são respeitados, sobretudo quando passam pelo crivo do poder judiciário, quais afastam os mesmos sob o argumento de outros direitos, tais como, princípio da isonomia,⁴⁶ regime adotado pela Constituição a separação do Estado e Igreja,⁴⁷ princípio da soberania do interesse público sobre o particular.⁴⁸

O princípio da soberania do interesse público sobre particular utilizado, muitas vezes, pelos operadores de direito, como pelos magistrados para fundamentar suas decisões, deve ser afastado, a nosso ver, porque ele, por si só não se sustenta.

⁴⁶1. Não há violação a liberdade da crença, sobretudo quando há tratamento isonômico entre todos os alunos que entraram em um processo seletivo, sabedores de todas as normas que compõe o Regimento Interno da Universidade, inclusive no tocante a grade curricular. 2.A participação presencial do aluno em 75% das aulas é uma exigência legal, portanto, o não comparecimento nas aulas por conta de convicção religiosa, está ao arpejo da lei, e como tal, não há que se falar em tolhimento à liberdade religiosa, pois, não é uma exigência imposta para que a pessoa possa ir contra seus princípios religiosos, ao contrário, a liberdade de consciência e de crença religiosa deve ser exercida independentemente do tratamento excepcional, pois é direito individual de cada cidadão. (TRF3, Proc. AMS 6172 SP 2006.61.04.006172-6).

⁴⁷ “[...] O aluno escolheu livremente o curso oferecido pela instituição, sendo sabedor de suas regras – “A criação de privilégios para determinado grupo religioso pode caracterizar grave infringência no Estado laico, que deve manter posição de neutralidade perante as diversas liturgias” (TJSP, apelação n.º 9102487-80.2009.8.26.0000, relator Marcos Ramos, Publicação:01/10/2015).

⁴⁸ “[...]2. Embora a Constituição proteja a liberdade de crença e de consciência e o princípio de livre exercício dos cultos religiosos (CF, artigo 5.º-VI), não prescreve, em nenhum momento, o dever estatal de facilitar, propiciar, promover o exercício ou o acesso às prescrições, ritos e rituais de cada religião. Estabelece apenas o dever do Estado no sentido de proteger os locais de culto e suas liturgias (CF, artigo 5.º-VI, final), sob a condição de que não ofenda o interesse público.” (TRF1, Ap. em MS, proc. 0005365-94.2010.4.01.3500, pub. e-DJF1 p.284 de 25/03/2011)

Primeiramente, deve ser analisado se há colisão de fato entre tal princípio aos direitos fundamentais ou apenas convergência.

No caso de convergência, conforme nos ensina Sarmiento (2006, p. 285-286), muitas vezes apontam-se conflitos inexistentes, em razão de incorreta identificação do interesse público. O referido autor nos dá o exemplo de um ato da Administração que quisesse proibir uma manifestação em uma metrópole em razão do trânsito, usando como argumento a supremacia do interesse coletivo sobre o particular. Sua crítica é que o interesse público é composto pelos interesses particulares dos membros da sociedade, assim, não se pode dissociar os interesses públicos dos individuais e que, muitas vezes, a coletividade se beneficia com a efetiva proteção dos seus membros. Assim, no exemplo dado, a melhor leitura ao interesse público seria que se prestigiasse o exercício da liberdade de reunião para o bom funcionamento da sociedade democrática, ao invés de se preocupar com as conveniências de trânsito.

O referido autor (SARMENTO, 2006, p. 299-301) complementa seu raciocínio dizendo que, depois de afastado a convergência de princípios, no caso de efetiva colisão entre o interesse público e o particular, entende ser possível a restrição de direitos fundamentais com base no interesse público, mas levanta a questão de que, nem sempre, os direitos fundamentais devem ceder para o interesse da coletividade por causa da situação privilegiada dos direitos fundamentais que são baseados em sólidos fundamentos morais e no próprio sistema constitucional. O dogma da supremacia dos interesses públicos ao particular, não é absoluto, sobretudo tratando-se de colisão com direitos fundamentais individuais, pois caso fosse, o primeiro esvaziaria por completo o segundo.

Segundo Barroso (2009, p. 358), a técnica da ponderação⁴⁹ deve ser aplicada nos casos difíceis, quando a subsunção,⁵⁰ por si só, não é suficiente diante a expansão dos princípios que são mais frequentes.

⁴⁹Ponderação, conforme definição de Ávila (2005, p. 94-95): “consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais, que orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, valores, de princípios, de fins, de interesses. [...] Estudos sobre a ponderação invariavelmente, procuraram estruturar a ponderação com os postulados de razoabilidade e de proporcionalidade e direcionar [...] mediante utilização de princípios constitucionais fundamentais.”

⁵⁰A fórmula da Subsunção segundo o próprio Barroso (2009, p. 358), seria “premissa maior – a norma – incidindo sobre a premissa menor – os fatos – e produzindo, como consequência, a aplicação no caso concreto.”

A estrutura interna do raciocínio da ponderação não é muito conhecida, apesar de sempre ser associada à noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas.

O processo da ponderação pode ser dividido em 3 etapas: a) a primeira etapa consiste em ser detectada, pelo interprete no sistema, as normas relevantes para solução do caso concreto, identificando eventuais conflitos entre as normas; b) na segunda etapa é necessário examinar os fatos, as circunstâncias concretas e sua interação com os elementos normativos; c) e a terceira etapa é dedicada à decisão, quando os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos do caso concreto devem ser examinados de forma conjunta, para apuração dos pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos, definindo qual norma deve preponderar, e por consequência a solução por ela indicada, decidindo-se ainda, o quanto essas normas devem prevalecer diante das demais. Lembrando que todo este processo deve ser pautado pelo princípio instrumental da proporcionalidade ou razoabilidade⁵¹ (BARROSO, 2009, p. 360-362).

Desta forma, deve-se verificar primeiramente se há colisão ou mera convergência entre o interesse público com o particular. No caso de colisão deve ser realizado o devido sopesamento ou ponderação, entre os princípios colidentes, considerando, sobretudo, a proporcionalidade pelos magistrados nas decisões que versam sobre a crença religiosa, a nosso ver, devendo sempre sobressair tal direito fundamental sempre que for possível a substituição da obrigação, ou “cumprir a prestação alternativa”, conforme disposto na parte final do inciso VIII, do art. 5º da CF/88.

⁵¹ Apesar de não estar expresso na Constituição, trata-se de um valioso instrumento de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público. Tem seu fundamento na ideia do devido processo legal substantivo e na justiça, permitindo o controle da discricionariedade dos atos do Poder Público e por funcionar como medida em que norma deve ser interpretada no caso concreto para melhor realização do fim constitucional nela embutido o decorrente do sistema (BARROSO, 2009, p. 374-375).

5.4 Transfusão de sangue em testemunhas de Jeová: liberdade religiosa x direito à vida

Para o capítulo que se está desenvolvendo, de suma importância o levante da questão acerca da alegação de um impedimento religioso para a realização de um ato médico, como, por exemplo, a transfusão de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová.

Os membros da aludida religião, se baseiam em textos bíblicos contidos nos livros do velho e novo testamento, tais como, Genesis 9:4,⁵² Levítico 17:11⁵³ e 17:14,⁵⁴ Atos 15:20,⁵⁵ e Colossenses 1:20.⁵⁶

Como base jurídica de sua negação da realização de tratamentos médicos, como a transfusão de sangue e o transplante de medula, são utilizados: a) o princípio da legalidade (art. 5º, II, CF) que prevê que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer nada que não seja em virtude de lei”; b) a própria liberdade religiosa (art. 5º, VI, CF); c) a redação de dispositivo do Código Civil que prevê que ninguém pode ser forçado a se submeter a tratamento ou a intervenção cirúrgica (art. 15, CC);⁵⁷ d) o dispositivo do Código Penal que tipifica como crime o fato de constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda (art. 146, CP),⁵⁸ com exceção da

⁵² Embora tivesse permitido que Noé e sua família passassem a se alimentar de carne animal após o Dilúvio, Deus os proibiu de comer o sangue. Ele disse a Noé: “Somente a carne com a sua alma — seu sangue— não deveis comer.” Desde então, isso se aplica a todos os humanos, porque todos são descendentes de Noé.

⁵³ “Pois a vida de uma criatura está no sangue, e eu mesmo o dei a vocês para que façam expiação por si mesmos no altar. Pois é o sangue que faz expiação por meio da vida que está nele.”

⁵⁴ “Não deveis comer o sangue de qualquer tipo de carne, porque a alma de todo tipo de carne é seu sangue. Quem o comer será decepado da vida.” Para Deus, a alma, ou vida, está no sangue e pertence a Ele. Embora essa lei tenha sido dada apenas à nação de Israel, ela mostra a importância que Deus dava a não comer sangue.

⁵⁵ ‘Abstenham-se do sangue.’ Deus deu aos cristãos a mesma proibição que deu a Noé. A História mostra que os primeiros cristãos não consumiam sangue, nem mesmo para fins medicinais.

⁵⁶ “e, por meio dele, reconciliar todas as outras coisas consigo mesmo, \pm tanto as coisas na terra como as coisas nos céus, estabelecendo a paz por meio do sangue \pm que ele derramou na estaca”

⁵⁷ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica. (BRASIL, 2002).

⁵⁸ Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. (Aumento de pena) § 1º - As penas aplicam-se cumulativamente e em dobro, quando, para a execução do crime, se reúnem mais de três pessoas, ou há emprego de armas. § 2º - Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência. (BRASIL, 1941).

intervenção médica ou cirúrgica, mesmo sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal se justificar diante do iminente risco de vida (art. 146, § 3º, I).⁵⁹

Apesar da fundamentação religiosa e jurídica à favor dos membros das Testemunhas de Jeová para não receber tratamento hemoterápico, a nosso ver, tais fundamentos não se aplicam aos menores, que são protegidos pelo Estado, diante da própria Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente.

Situação diversa do Idoso, que em seu Estatuto, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, no seu artigo 17,⁶⁰ *caput*, dispõe que ao idoso em sã consciência, “é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável”. O parágrafo único e seus incisos, do mesmo artigo, prevê que somente a escolha do “tratamento mais favorável” poderá ser realizado por terceiros (curador, familiares, médico) quando o idoso não tiver condições de fazer a opção.

Diferente em relação aos menores, pois a Constituição em seu artigo 227,⁶¹ dispõe ser dever da família, sociedade e do Estado, assegurar de forma prioritária, a efetivação dos direitos inerentes à vida e saúde do menor, além de outros direitos, tais como, alimentação, educação, esporte, cultura, etc., direitos estes também previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.⁶²

⁵⁹§ 3º - Não se compreendem na disposição deste artigo: I - a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida; II - a coação exercida para impedir suicídio. (BRASIL, 1941).

⁶⁰ Art. 17. Ao idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais é assegurado o direito de optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável.

Parágrafo único. Não estando o idoso em condições de proceder à opção, esta será feita:

I - pelo curador, quando o idoso for interditado;

II - pelos familiares, quando o idoso não tiver curador ou este não puder ser contactado em tempo hábil;

III - pelo médico, quando ocorrer iminente risco de vida e não houver tempo hábil para consulta a curador ou familiar;

IV - pelo próprio médico, quando não houver curador ou familiar conhecido, caso em que deverá comunicar o fato ao Ministério Público.

⁶¹ Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). (BRASIL, 1988).

⁶² Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais. (BRASIL, 1990).

Tal situação há muito preocupa, principalmente, a comunidade médica, que se deparara com diversas situações onde há risco de morte de seus pacientes ou seus filhos que, sabendo da necessidade do tratamento médico hepático para salvar suas vidas, optam pela não realização do mesmo por serem adeptos da religião Testemunha de Jeová

Diante de tais casos, o Conselho Federal de Medicina, por meio da *Resolução CFM nº 1021/80*,⁶³ adotando os fundamentos do parecer no *Processo CFM nº 21/80*, referentes à recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de iminente perigo de vida, assim resolveu:

Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta: 1º - Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis. 2º - Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.

Assim, com base em tal *Resolução*, os médicos poderiam praticar a transfusão de sangue, independente do consentimento do paciente ou responsável, quando houvesse iminente perigo de vida.

O tema é contundente e, portanto, há diversas decisões à respeito do tema. Vejamos alguns deles.

Conforme visto acima, tal posição se coaduna com a Constituição Federal (art. 227) e o ECA (arts. 4º e 7º), que a vida e saúde do menor, devem ser priorizadas pela família, Estado, sociedade e comunidade em geral, portanto, inclusive a comunidade médica.

No primeiro relato de caso, o Magistrado, ao julgar pedido de autorização feito por um hospital para realização de transfusão de sangue para paciente testemunha de Jeová, extinguiu o processo por falta de interesse de agir. Houve recurso que manteve a decisão (TJ-RS - Apelação Cível AC 70020868162 RS (TJ-RS), declarando expressamente que o Hospital tem a obrigação de fazer o tratamento que couber quando há risco de vida, independente da concordância ou não do paciente, não cabendo o Estado, por meio do Poder Judiciário, autorizar ou não o tratamento, portanto, há falta de interesse processual do Hospital para a demanda.⁶⁴ Fundamentando sua decisão, o relator entendeu não caber ao Estado interferir na

⁶³ Anexo B.

⁶⁴ Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. TRANFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHA DE JEOVÁ, RECUSA DE TRATAMENTO. INTERESSE DE AGIR. Carece de interesse processual o hospital ao ajuizar demanda no

relação médico-paciente, sendo que o médico tem soberania para decidir qual melhor tratamento ao paciente, quando este está sob risco iminente de vida, conforme previsão do Código de Ética Médica. E conclui pela falta de interesse de agir do Hospital para requerimento de autorização judicial para realização de tratamento, pois tem autonomia para decidir qual melhor tratamento no caso em comento, contudo, caberia o paciente, caso entenda violado sua liberdade, propor ação competente para elidir a ação médica.

Em outro julgado, este à favor da liberdade religiosa, agora em sede de Agravo de Instrumento, o desembargador relator não só reconheceu o direito do paciente Testemunha de Jeová de não se submeter à cirurgia cardíaca a ser realizada pelo SUS, no Estado do Mato Grosso, com risco de transfusão de sangue, como deferiu que o tratamento do paciente fosse custeado pelo Estado, para que fosse realizado em outro estado da federação com profissional capacitado à realizar a cirurgia cardíaca com técnica que afastasse a necessidade de transfusão de sangue, com base no direito à liberdade religiosa.⁶⁵

A princípio, o relator e o primeiro vogal haviam julgado pela manutenção da improcedência do recurso. Após pedir vistas dos autos, o Des. Orlando de Almeida Perri, segundo vogal, da *5ª Câmara Cível do Tribunal do Mato Grosso do Sul*, proferiu seu voto pela procedência do recurso, que influenciou pelo primeiro vogal mudar seu voto, passou a seguir o referido Desembargador, que fundamentou sua decisão com base no princípio da isonomia e o dever do Estado fornecer o tratamento adequado de acordo com as convicções religiosas do paciente, afastando a colisão do direito à vida com a liberdade religiosa, pelos seguintes fundamentos, conforme trecho extraído do seu voto:

intuito obter provimento jurisdicional que determine à paciente que se submeta a transfusão de sangue. Não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente, independente do consentimento dela ou de seus familiares. Recurso desprovido. TJ-RS - Apelação Cível AC 70020868162 RS (TJ-RS).

⁶⁵ [...] “Havendo alternativa ao procedimento cirúrgico tradicional, não pode o Estado recusar o Tratamento Fora do Domicílio (TFD) quando ele se apresenta como única via que vai ao encontro da crença religiosa do paciente. A liberdade de crença, consagrada no texto constitucional não se resume à liberdade de culto, à manifestação exterior da fé do homem, mas também de orientar-se e seguir os preceitos dela. Não cabe à administração pública avaliar e julgar valores religiosos, mas respeitá-los. A inclinação de religiosidade é direito de cada um, que deve ser precatado de todas as formas de discriminação. Se por motivos religiosos a transfusão de sangue apresenta-se como obstáculo intransponível à submissão do recorrente à cirurgia tradicional, deve o Estado disponibilizar recursos para que o procedimento se dê por meio de técnica que dispense-na, quando na unidade territorial não haja profissional credenciado a fazê-la. O princípio da isonomia não se opõe a uma diversa proteção das desigualdades naturais de cada um. Se o Sistema Único de Saúde do Estado de Mato Grosso não dispõe de profissional com domínio da técnica que afaste o risco de transfusão de sangue em cirurgia cardíaca, deve propiciar meios para que o procedimento se verifique fora do domicílio (TFD), preservando, tanto quanto possível, a crença religiosa do paciente.” (TJ-MT – Agravo de Instrumento - AI 22395/2006 MT).

[...] Certo é que, tratando-se de cirurgia eletiva, o paciente com mal cardíaco submete-se a ela ou não, segundo a sua vontade. Este preceito transcende a ética médica e alcança a bioética, que tem como um dos princípios basilares o respeito aos valores, crenças e vontades do paciente. Ao lado do princípio hipocrático da benevolência, a bioética conclama o respeito à autonomia do paciente em anuir a este ou aquele procedimento médico, principalmente em face do Estado, quando movimentada por princípios religiosos. [...] É preciso ter em mente que não se trata de capricho, teimosia ou intolerância do recorrente, mas de princípios religiosos, que proíbem a transfusão de sangue alogênico. [...] Quase septuagenário, não quer ele arriscar a vida eterna pelos poucos anos de vida terrena. Diante da situação, afigura-se justo o Estado compeli-lo à escolha entre essas vidas? Se a saúde é direito de todos e dever do Estado (CF, art. 196); se ela é erigida como direito fundamental do homem (CF, art. 6º); se é apanágio da própria vida, considerada pela Lei Maior como inviolável (CF, art. 5º); se a liberdade de crença religiosa é voltada contra o Estado, (CF, art. 5º, VI e VIII); e se ela é inerente à “dignidade humana” (CF, art. 1º, III), não se compreende que possa a Administração Pública negar-se ao tratamento pretendido neste recurso. A liberdade de crença, consagrada no texto constitucional, não se resume à liberdade de culto, à manifestação exterior da fé do homem, mas também de orientar-se e seguir os preceitos dela. E não pode mesmo o Estado violar ou menoscabar crença alguma, por mais absurda que pareça a quem o represente. A liberdade religiosa, antes de ser um direito consagrado na Constituição Federal, é direito natural da mais alta significância, porque umbilicalmente ligado à racionalidade humana. [...].

Conclui o referido magistrado, que o princípio da liberdade religiosa, é mais que o direito ao culto, mas que deve sim ser respeitado pelas suas convicções religiosas, não podendo o Estado menosprezar, porque se trata de mais que um simples direito positivado, mas um direito nato que nasce com o ser humano.

Neste mesmo sentido, também julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Ag. Ins. 70032799041, 12ª Câmara Cível).⁶⁶ No acórdão proferido pelos desembargadores foi dado provimento ao recurso do agravante contra decisão de primeira instância que ordenou a realização de transfusão de sangue, contrariando os ensinamentos

⁶⁶ Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. TESTEMUNHA DE JEOVÁ. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. LIBERDADE DE CRENÇA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVALÊNCIA. OPÇÃO POR TRATAMENTO MÉDICO QUE PRESERVA A DIGNIDADE DA RECORRENTE. A decisão recorrida deferiu a realização de transfusão sanguínea contra a vontade expressa da agravante, a fim de preservar-lhe a vida. A postulante é pessoa capaz, está lúcida e desde o primeiro momento em que buscou atendimento médico dispôs, expressamente, a respeito de sua discordância com tratamentos que violem suas convicções religiosas, especialmente a transfusão de sangue. Impossibilidade de ser a recorrente submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita do uso de força policial. Tratamento médico que, embora pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido. Livre arbítrio. Inexistência do direito estatal de "salvar a pessoa dela própria", quando sua escolha não implica violação de direitos sociais ou de terceiros. Proteção do direito de escolha, direito calcado na preservação da dignidade, para que a agravante somente seja submetida a tratamento médico compatível com suas crenças religiosas. AGRAVO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70032799041, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 06/05/2010).

pregados por sua confissão religiosa (Testemunha de Jeová). Transcrevemos trecho do voto do desembargador relator, Cláudio Baldino Maciel, fundamentado na dignidade da pessoa humana e a liberdade religiosa:

[...] O direito à vida, diferentemente do que se possa acreditar, não é valor “super-preponderante”, é condição para o exercício dos demais direitos, mas isso não o torna blindado quando conflitante com os demais valores fundamentais postos na Carta Magna. O caso em análise já sofreu apreciação pela doutrina e jurisprudência estrangeiras, prevalecendo o entendimento de que sendo o paciente maior, capaz e estando no gozo de suas faculdades mentais pode recusar e optar por realizar tratamento médico, mesmo ciente do risco que impõe a sua vida [...].

Os Tribunais Superiores não tratam, especificamente, à respeito do tema, mas podemos mencionar uma decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, em Habeas Corpus (Processo nº 268459/2014). Neste caso, os pais de uma paciente de 13 anos de idade que sofria de anemia falciforme e que veio a falecer por falta da realização do tratamento indicado, acabaram sendo denunciados por homicídio por proibirem a realização da transfusão, alegando foro religioso; assim como os pais, o médico, de mesma orientação religiosa,⁶⁷ também foi denunciado pelo mesmo fato. No referido HC em questão, a ação penal acabou por ser extinta sob o argumento de que, em que pese o direito à liberdade religiosa dos pais da vítima, os médicos tinham obrigação legal de tratar o paciente sem consentimento dos mesmos, haja vista a vítima ser menor de idade. Outro argumento foi o de que a aplicação da pena estaria justificada somente se conseguisse harmonizar a sua necessidade para a comunidade jurídica com a autonomia da personalidade⁶⁸ do réu, que o direito tem que garantir, e ainda, a perda do filho é a pior pena que os pais poderiam receber.

Abordagem mais delicada, ainda, quando estudamos a necessidade de tratamento hepático em menores de idade quando seus pais ou responsável professam a religião que proíbe tal realização.

Quanto aos menores de idade, defendemos que, independente da vontade dos seus pais, seja por convicção de ordem religiosa ou qualquer outra, não se deve deixar de realizar a transfusão de sangue em casos de emergência e se o paciente estiver sofrendo risco de vida. Embasamos tal posição, sobretudo no artigo 227 da Constituição Federal, que prevê como

⁶⁷“Filosofia geral: Grupo de pessoas que seguem uma mesma teoria. Direito Canônico: Grupo herético, dissidente da Igreja Católica”. (DINIZ, 2005, p. 346-347).

⁶⁸ Sobre os direitos da personalidade, se trata de bens jurídicos essencial ao ser humano, tais como, a vida, integridade física, liberdades, direito à honra, direito este de suma importância que serve de base para o próprio direito, qual abordamos em capítulo próprio no presente trabalho.

prioridade da Família, Estado, e Sociedade, a vida e saúde do menor e no *Estatuto da Criança e do Adolescente* (Lei nº 8.069/1990), notadamente, no seu artigo. 17, que prevê o direito à integridade física do menor, e o no artigo 4º, *caput*, que a família, a comunidade, a sociedade em geral e o poder público, devem assegurar prioritariamente a efetividade do direito à vida e saúde do menor. Sobre tal posicionamento, podemos mencionar os julgados do STJ em sede de Recurso Especial nº 1.391.469 - RS (2013/0202052-0),⁶⁹ bem como, o Agravo de Instrumento nº 1.163.911 - RS (2009/0045459-0), ambos relatados pelo Ministro Herman Benjamin.

No mesmo sentido, destacamos julgado do Tribunal do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 595000373.⁷⁰ Nesse caso, decidiu-se que no caso de menores de idade, não possuem consciência suficiente sobre as implicações de fazer ou não fazer o tratamento e a gravidade desta decisão, fica prejudicada sua vontade; neste caso, mesmo que os pais possam decidir pelo filho menor, essa decisão pode ser substituída pelo Estado em prol de valores mais importantes, no caso à vida, de acordo com o princípio da proporcionalidade.

⁶⁹Ementa: DIREITO À VIDA. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. DENUNCIÇÃO DA LIDE INDEFERIDA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. LIBERDADE DE CRENÇA RELIGIOSA E DIREITO À VIDA. IMPOSSIBILIDADE DE RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO QUANDO HÁ RISCO DE VIDA DE MENOR. VONTADE DOS PAIS SUBSTITUÍDA PELA MANIFESTAÇÃO JUDICIAL. [...]. No caso concreto, a menor autora não detém capacidade civil para expressar sua vontade. A menor não possui consciência suficiente das implicações e da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade. Esta é substituída pela de seus pais que recusam o tratamento consistente em transfusões de sangue. Os pais podem ter sua vontade substituída em prol de interesses maiores, principalmente em se tratando do próprio direito à vida. A restrição à liberdade de crença religiosa encontra amparo no princípio da proporcionalidade, porquanto ela é adequada à preservar à saúde da autora: é necessária porque em face do risco de vida a transfusão de sangue torna-se exigível e, por fim ponderando-se entre vida e liberdade de crença, pesa mais o direito à vida, principalmente em se tratando não da vida de filha menor impúbere.

⁷⁰ CAUTELAR. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. Não cabe ao poder judiciário, no sistema jurídico brasileiro, autorizar ou ordenar tratamento médico-cirúrgicos e/ou hospitalares, salvo casos excepcionalíssimos e salvo quando envolvidos os interesses de menores. se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, e de seus familiares e de quem quer que seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos. importa ao médico e ao hospital e demonstrar que utilizaram a ciência e a técnica apoiadas em séria literatura médica, mesmo que haja divergências quanto ao melhor tratamento. o judiciário não serve para diminuir os riscos da profissão médica ou da atividade hospitalar. se transfusão de sangue for tida como imprescindível, conforme sólida literatura médico-científica (não importando naturais divergências), deve ser concretizada, se para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade das testemunhas de jeová, mas desde que haja urgência e perigo iminente de vida (Art. 146, § 3º, inc. I, Do Código Penal). Caso concreto em que não se verificava tal urgência. o direito à vida antecede o direito à liberdade, aqui incluída a liberdade de religião; é falácia argumentar com os que morrem pela liberdade pois, aí se trata de contexto fático totalmente diverso. não consta que morto possa ser livre ou lutar por sua liberdade. há princípios gerais de ética e de direito, que aliás norteiam a carta das nações unidas, que precisam se sobrepor as especificidades culturais e religiosas; sob pena de se homologarem as maiores brutalidades; entre eles estão os princípios que resguardam os direitos fundamentais relacionados com a vida e a dignidade humanas. religiões devem preservar a vida e não exterminá-la.(Apelação Cível Nº 595000373, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Gischkow Pereira, Julgado em 28/03/1995).

Estamos aqui, diante de um dilema, um verdadeiro *hard case*, no qual está em jogo, de um lado, a liberdade do cidadão de fazer suas escolhas, o direito à personalidade, autonomia de vontade (liberdade negativa), (art. 3º, I, CF), a liberdade religiosa (art. 5º, VIII, CF), o princípio da legalidade (liberdade positiva) (art. 5º, II, CF) e, de outro, o direito à vida (art. 5º, caput, CF). Por óbvio não estamos diante de uma convergência de direitos; o que há, de fato, é a colisão entre princípios. Expliquemos melhor.

As normas são divididas em princípios e regras. A diferença entre os dois tipos de normas, é qualitativa. Princípios são normas que ordenam algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas fáticas e existentes, enquanto que as regras são normas que sempre são satisfeitas ou não satisfeitas. Se a regra é válida, a mesma deve ser cumprida exatamente aquilo que exige (ALEXY, 2015, p. 90-91). Nos casos dos direitos em estudo, estamos, sobretudo, diante de princípios (liberdade religiosa x direito à vida), porque a validade do princípio A, por exemplo, não exclui a validade do princípio B, mesmo que o primeiro tenha precedência sobre o segundo naquele caso concreto. Em resumo, segundo Alexy (2015, p. 93-94) quando dois princípios se colidem quando algo é permitido de acordo com um princípio e, de acordo com outro princípio é proibido; nestes casos um dos princípios deverá ceder em relação ao outro; solução diversa quando há um conflito entre regras.⁷¹

No caso de colisão entre princípios, tomamos como exemplo, conforme o julgado acima (TJRS - Apelação Cível nº 595000373), qual o magistrado entendeu que no caso de menores de idade, o direito à vida deve prevalecer sobre a liberdade religiosa dos pais, por se tratar de um valor maior. Não quer dizer que a liberdade religiosa não terá precedência sobre outros direitos, inclusive o direito à vida, em outro caso concreto.

Diferentemente das regras que, por elas, se diante de um caso, duas regras são aplicáveis, a regra A for declarada válida, a regra B necessariamente deve ser declarada inválida, não existindo duas regras válidas para o mesmo caso concreto, ressalvado o caso de exceção contida na própria regra, por exemplo.

Voltando aos princípios, nos casos de colisão entre os mesmos, Alexy (2015, p. 93-94) retrata que um deles deve ter precedência em face do outro, sob determinadas condições, ou

⁷¹ O conflito entre regras tem uma solução mais simples do que o conflito entre princípios. A regra é válida ou inválida, aplicando a teoria do “tudo ou nada”. Conforme Alexy (2015, p. 92) um conflito de regras pode ser solucionado, declarando-se uma delas como inválidas, ou se introduzido uma cláusula de exceção, que elimine o conflito. Como exemplo de exceção, seria uma ressalva na própria norma, dizendo que aquela regra não aplica naquele caso específico.

seja, de acordo com o caso concreto. Em outras palavras, sob o prisma de uma condição ou caso, o princípio cedente de outrora pode ter precedência sobre o princípio que prevaleceu no primeiro caso concreto. Assim, quando da realização do sopesamento para a solução da colisão no caso em concreto, os princípios que tiver maior peso, naquele caso, deve ter precedência sobre o outro, aplicando-se a *lei de colisão*.⁷²

O sopesamento ou ponderação que deve ser utilizado quando há conflitos entre princípios, se oferta pela aplicação do princípio da proporcionalidade pelo operador do direito, com a utilização dos seguintes preceitos: necessidade, adequação e proporcionalidade no sentido estrito.

Alexy (2015, p. 116-124) nos ensina que *adequação* é a exigência de uma relação empírica entre o meio e o fim, qual o primeiro deve sempre buscar o segundo, portanto o administrador deve utilizar o meio de forma eficaz, para busca gradual do fim; *necessidade* é a verificação das existências de meios que sejam alternativos àqueles escolhidos pelo Poder Legislativo e Executivo, que possam promover igualmente o fim sem restringir direitos fundamentais afetados; *proporcionalidade em sentido estrito* é a o exame qual exige comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. Esses subprincípios são trifásicos, ou seja, é analisando um separadamente do outro.

Já, para Ávila (2005, p. 94-95.) a ponderação consiste num método destinado a atribuir pesos e elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento. A ponderação deve ser estruturada com a inserção de critérios, com os postulados da razoabilidade e de proporcionalidade e direcionar à ponderação mediante a utilização de princípios constitucionais fundamentais. Ou seja, a ponderação, como método ou ideia geral despida de critérios formais ou materiais, é muito mais amplo que a aplicação da proporcionalidade e da razoabilidade.

Conforme ensinamentos de Alexy (2015, p.111) se existem princípios absolutos, a definição de princípios devem ser modificada pois, se um princípio tem precedência em

⁷² “[...] é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.” (ALEXY, 2015, p. 99).

relação aos demais, no caso de colisão, não haveria nenhum limite jurídico, apenas limites fáticos e, a seu ver, a teoria da colisão não seria aplicável:

[...] É fácil argumentar contra a existência de princípios absolutos em um ordenamento jurídico que inclua direitos fundamentais. Princípios podem se referir a interesses coletivos ou a direitos individuais. Se um princípio se refere a interesses coletivos e é absoluto, as normas de direitos fundamentais não podem estabelecer limites jurídicos a ele. Assim, até onde o princípio absoluto alcançar não pode haver direitos fundamentais. Se o princípio absoluto garante direitos individuais, a ausência de limites desse princípio levaria à seguinte situação contraditória: em caso de colisão, os direitos de cada indivíduo, fundamentados pelo princípio absoluto, teriam que ceder em favor dos direitos de todos os indivíduos, também fundamentados pelo princípio absoluto. Diante disso, ou os princípios absolutos não são compatíveis com direitos individuais, ou os direitos individuais que sejam fundamentados pelos princípios absolutos não podem ser garantidos a mais de um sujeito de direito. [...]

Portanto, Alexy (2015, p.111) defende que não existe princípio absoluto, mais sim, princípios extremamente fortes, que não cedem em relação aos outros princípios. Peguemos como exemplo o próprio direito à vida, o bem mais precioso do indivíduo; em que pese o Brasil ter protegido o direito a vida, existe exceção à pena de morte, quando declarado estado de guerra, conforme art. 5º, inc. XLVII, “a”, do texto Constitucional.

De outro lado o direito à liberdade religiosa, vertente do princípio da liberdade, um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Feitas essas ponderações, voltemos nosso olhar para o estudo dos princípios colidentes: o direito à vida e o da liberdade religiosa, direitos da personalidade essenciais indivíduo, mas afinal, qual terá precedência sobre o outro.

É certo que a técnica da ponderação ou sopesamento quando há conflitos de princípios, não se trata das tarefas mais fáceis, devendo o operador de direito fazer uma análise minuciosa sobre o caso analisado e os valores dos princípios envolvidos, verdadeiro juízo de valor, utilizando-se do princípio da proporcionalidade e seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Em um primeiro momento, o direito à vida nos parece preponderar sobre a liberdade religiosa quando há risco iminente de morte, oportunidade em que se deve efetuar a transfusão de sangue por ser a vida o primeiro direito à constar no rol do caput do artigo 5º da Constituição Federal, ao mencionar os direitos protegidos como princípios fundamentais, bem

como, se trata do bem mais precioso do indivíduo e, em termos de valores, teria um peso maior sobre a liberdade religiosa, devendo, portanto, ser preservada.

Quanto aos menores de idade, filhos de Testemunhas de Jeová, não há dúvidas de que deve ser aplicado tratamento médico com sangue quando há perigo iminente de vida para os mesmos, independente da vontade dos pais, pois menor é protegido pelo Estado conforme o próprio texto constitucional e o Estatuto da criança e do Adolescente, portanto, seja os hospitais públicos ou particulares devem tem obrigação de fornecer o tratamento adequado para os menores a fim que sejam preservados suas vidas e saúde.

Quanto os maiores de idade defensores das Testemunhas de Jeová, questão mais controvertida, o tratamento hemoterápico, inclusive a utilização da transfusão de sangue que em tese, deve ser utilizada em último caso, apenas em situação estritamente emergencial, quando nenhum outro tratamento sem a utilização de sangue for possível, em que há risco iminente de vida.

Mas no caso trazido no presente estudo,⁷³ uma decisão judicial interlocutória de primeira instância determinou a realização de transfusão de sangue diante o iminente risco de vida de um paciente de 70 anos de idade, seguidor da doutrina Testemunha de Jeová, mesmo contrariando sua vontade. O paciente agravou de tal decisão para se ter respeitado sua liberdade religiosa e não se submeter à transfusão de sangue, recurso este que foi provido.

De acordo com o voto do relator, que reverteu a decisão de segunda instância, deveria ser respeitado a liberdade religiosa do agravante, pois o Estado tem como base a dignidade da pessoa humana, e lhe impor um tratamento contra sua convicção religiosa, o Estado lhe estaria tolhendo sua dignidade religiosa, concluindo que o direito à vida não é um direito preponderante, mas é uma condição para o exercício dos demais direitos. No caso do idoso de 70 anos, seguidor da doutrina religiosa Testemunha de Jeová, nos parece que acertado foi a decisão proferida no acórdão. Imaginemos este senhor, já no fim de sua vida, qual se dedicou a seguir estritamente a doutrina religiosa escolhida, se abdicando muitas vezes de sua própria vontade para agradar seu “Deus”, buscando em toda sua jornada seguir os seus ensinamentos, de acordo com o pregado pela doutrina seguida, para conseguir após sua vida terrena, um lugar ao lado desse “Deus” por toda eternidade.

⁷³ TJRS – Ag. 7003279904, 12ª C. Cível, Rel. Des. Cláudio Baldino Maciel.

Já no final de sua vida terrena, sua vida *post mortem* lhe é muito mais importante nesse ponto de sua existência, não podendo o Estado lhe impor uma transfusão de sangue, lhe tolhendo sua liberdade religiosa, praticada durante todos esses anos, ferindo de certo sua dignidade.

Caso fosse realizada a transfusão de sangue, contrariando sua liberdade religiosa, mas mantendo sua vida preservada, o que lhe restaria após? Em que pese o direito à vida ser o primeiro direito lançado no rol do caput do artigo 5º da Constituição, a nosso ver, esse direito à vida como princípio fundamental constitucional deve ser garantido pelo Estado na sua plenitude.

Isso quer dizer, que não basta garantir o direito à vida, mas deve se garantir os demais direitos que tem como base a dignidade da pessoa humana, tais como, liberdades, igualdade, saúde e educação, a fim que a vida do indivíduo seja mais plena possível, pois se falarmos em garantia à vida, pura e simplesmente, não estaríamos falando sobre o direito à vida na sua plenitude, mas tão somente sobre a sobrevivência do indivíduo com o mínimo necessário.

Assim, deve ser respeitado o princípio da liberdade religiosa, bem como, o direito à personalidade de cada indivíduo, quais lhes dá a autonomia de tomar decisões, o máximo possível, analisando tais direitos fundamentais constitucionais, de acordo com o caso concreto, quando houver colisão com outros princípios, realizando a valoração correta de cada direito, para a escolhida correta do princípio preponderante.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o referido trabalho podemos verificar que o Brasil, no decorrer do seu “descobrimento” no ano de 1500, sofreu forte influência religiosa desde a primeira missa realizada pelos Jesuítas vindos de Portugal aos navegadores portugueses que aqui chegaram e aos índios que aqui já viviam, até o decorrer da colonização, com o sistema de ensino semeado no nosso país pela Companhia de Jesus e outras ordens religiosas trazidas pela coroa portuguesa à então colônia.

O Estado e a religião andavam lado à lado, sendo que a Religião por meio do Clero tinha forte influência política, e o Estado se manifestava diretamente sobre questões religiosas e da própria organização interna da Igreja.

Tal relação entre Estado e Igreja, com o passar do tempo fora reafirmada pelas Constituições do Brasil no período Imperial, pelo Governo provisório e pelos primeiros Governos Republicanos.

Contudo, no decorrer da história, forte era a corrente política para que houvesse a separação entre o Estado e a Igreja, o que foi oficializado com o Decreto 119-A de 1890, que precedeu a Constituição de 1891.

Após a promulgação do Decreto 119-A, que fora o verdadeiro divisor de águas, o Estado brasileiro adotou o laicismo, havendo a ruptura com a Igreja, não podendo mais o Estado influenciar e ser influenciado pela Religião.

No decorrer das Constituições brasileiras, ora a separação entre o Estado e a Igreja fora abrandada, ora fora reafirmada.

A Constituição vigente adotou expressamente o Laicismo, trazendo o principio da separação entre o Estado e Religião, contudo, conforme vimos no presente estudo, o Estado não rompeu com a religião, preservando a liberdade religiosa, e mantendo certa relação com esta. Apesar disto, o Brasil adotou o laicismo liberal e aberto, qual se diz laico, porém não rompe com a religião, pelo contrário, em diversas passagens preserva a relação entre o Estado e a Igreja, a fim de garantir a liberdade religiosa.

A adoção da laicidade pelo Estado brasileiro de forma liberal deve ser aplaudida, pois caso a laicidade fosse radical à ponto de ignorar a religião, poderia ser fonte de intolerância

religiosa e fundamentalismo laico, ameaçando inclusive a liberdade do consciência no sentido amplo.

Por outro lado, o Estado não pode simplesmente ignorar a religião, pois as convicções religiosas e demais direitos inerentes à liberdade religiosa, trata-se de um elemento fundamental ao ser humano, desde sempre.

Portanto, a laicidade adotada pelo nosso país, não prejudica a liberdade religiosa, pois ao não interferir nas questões religiosas, preserva a liberdade de crença da população de forma isonômica. Assim, ao adotar uma posição liberal quanto a separação entre o Estado e Igreja, atuando de forma neutra nas questões religiosas sem distinção de crenças e liberdades religiosas, oferece-se uma forma de garantir a liberdade religiosa dos cidadãos, permitindo inclusive uma manifestação mais ampla possível da diversidade das convicções e crenças religiosas de forma coesa, sendo obrigação do Estado de garantir esta coesão.

Quanto à liberdade religiosa, a mesma está garantida pelo artigo 5º da CF/88, notadamente pelo inciso VI, como inviolável o direito de consciência e de crença, assegurado o livre exercício de culto, seus locais e sua liturgia.

Vimos ainda, que de acordo com os ensinamentos de Norberto Bobbio, a liberdade pode ser negativa ou positiva, qual a primeira se trata do direito de poder fazer tudo o que a lei não proíba, enquanto que o segundo é o direito de se orientar de acordo com seu próprio querer, utilizando-se de autonomia. No caso da liberdade religiosa, o nosso ver, podemos identificar os dois tipos de liberdade.

A liberdade de consciência e de crença, como liberdade positiva, no sentido de não ter uma religião, ou ter uma religião para professar sua fé, escolhendo-a a que melhor se adequa às suas convicções e filosóficas e religiosas.

E a liberdade de culto, como liberdade negativa, pois se pode fazer desde que não contrarie a lei, ou ainda, contrarie os bons costumes para alguns autores.

É certo que, por estar tal liberdade estar inserta no artigo 5º da Constituição Federal, que por sua vez está no capítulo *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, a nosso ver, a liberdade religiosa tem *status* de princípio, e como tal deve ser respeitado, sobretudo quanto houver colisão com outros princípios, que nesse caso deve ser realizado o devido sopesamento ou ponderação, aplicando juízo de valores à ser realizado no caso concreto, para

se chegar a conclusão de qual princípio se sobressaí, respeitando sobretudo a proporcionalidade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Marcelo de Paiva. **História geral da civilização brasileira.** Tomo III - O Brasil Republicano, 4º Vol, Economia e Cultura (1930 – 1964). Coord. Boris Fausto. 2. ed. – São Paulo: Difel, 1986.

ACN BRASIL. **Argetina.** Fundação Pontifícia ajuda à igreja que sofre- ACN BRASIL. 2014. Disponível em <<http://acn.org.br/RLRM-2014/pdf/Argentina.pdf>>. Acesso em: 28.12.2016.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARAÚJO, Edmir Netto. **Curso de direito administrativo.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARISTÓTELES. **Pensador Uol.** [200?]. Disponível em: <<http://pensador.uol.com.br/frase/MTQ1OTEwNw/>>. Acesso em: 25.08.2016.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed., ver.. 3. tiragem. São Paulo, Malheiros, 2005.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar.** 7 ed. rev. e compl. à luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional nº 10/1996. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARBOSA, Padre Manoel. **A igreja no brasil.** rio de janeiro 1945.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo:** Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil.** 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BERDIAF, Nicolas. **Uma nuevaedad media.** Barcelona, 1958.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BITTENCOURT, Josias Jacintho. **Separação entre estado e religião no Brasil: Utopia Constitucional?** Tese de Doutorado em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), 2009.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: UnB, 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

BORGES, Anselmo. **Laicidade e laicismo**. Diário de Notícias. 2016. Disponível em: <<http://www.dn.pt/opiniaio/opiniaio-dn/anselmo-borges/interior/laicidade-e-laicismo-5117866.html>>. Acesso em: 24.12.2016.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 24 de fevereiro de 1891). **Diário Oficial da União**, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm> Acesso em: 10 de setembro de 2016.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm> Acesso em: 11 de setembro de 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm> Acesso em: 17 de setembro de 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> 20 de outubro de 2016.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 10 nov. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm> Acesso em: 13 de setembro de 2016.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm> Acesso em 15 de setembro de 2016.

_____. Constituição Política do Império do Brasil (de 25 de março de 1824). **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm> Acesso em: 9 de setembro de 2016.

_____. Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890. Prohibe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 1890.

_____. Decreto nº 7.107, de fevereiro de 2010. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008. **Diário Oficial da União**, DF, 12 de fevereiro de 2010.

_____. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1940.

_____. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1º de outubro de 2003.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 de julho de 1990.

_____. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial da União**, 23 de dezembro de 1996.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 de jan. de 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.391.469-RS.Min. Herman Benjamin. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Julgado em: 15 de jan de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201302020520>. Acesso em: 17.01.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 4277-DF. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. **Julgamento:** 5 de Maio de 2011, Relator: Min. AYRES BRITTO. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=4277&classe=ADI&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 15.01.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n.º 9102487-80.2009.8.26.0000. Orgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado. Relator Marcos Ramos, Julgamento em: 01 de out de 2015. Publicação: 01/10/2015. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/263246502/apelacao-apl-576998620138260100-sp-0057699-8620138260100/inteiro-teor-263246526?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 17.01.2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Ap. em MS, Proc. 0005365-94.2010.4.01.3500,Orgão Julgador: QUINTA TURMA, Publicação: e-DJF1 p.284 de 25/03/2011, Julgamento: 9 de Fevereiro de 2011, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA. Disponível em: <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=f88323d8667657471522671507c434f0&trf1_captcha=r3dw&enviar=Pesquisar&proc=53659420104013500&secao=TRF1>. Acesso em: 18.01.2017.

_____. Tribunal Regional Federal da Terceira Região, Proc. AMS 6172 SP 2006.61.04.006172-6.Orgão Julgador: QUARTA TURMA, Julgamento: 22 de Outubro de 2009, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ROBERTO HADDAD. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/trf3r/index.php?id=26&op=Consulta&Processo=200661040061726>>. Acesso em: 18.01.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Agravo de Instrumento nº 22395/2006.Orgão Julgador: QUINTA CÂMARA CÍVEL, Publicação: 10/07/2006, Julgamento: 31 de Maio de 2006, Relator: DR. SEBASTIAO DE ARRUDA ALMEIDA. Disponível em: <<http://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322686450/agravo-de-instrumento-ai-223959620068110000-22395-2006>>. Acesso em: 18.01.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível AC 70020868162.Orgão Julgador: Quinta Câmara Cível, Publicação: Diário da Justiça do dia 29/08/2007, Julgamento: 22 de Agosto de 2007, Relator: Umberto GuaspariSudbrack. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8031792/apelacao-civel-ac-70020868162-rs>>. Acesso em: 17.01.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 595000373. Órgão julgador: Sexta Câmara Cível, Relator: Sérgio Gischkow Pereira, julgado em 28/03/1995. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6956801/apelacao-civel-ac-595000373-rs-tjrs>>. Acesso em: 16.01.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 1.163.911 (2009/0045459-0). Disponível em: <<http://www.buscaoficial.com/c/diario/cx6C5hcLr/>>. Acesso em: 15.01.2017.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70032799041, órgão julgador: décima segunda Câmara Cível, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 06/05/2010. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/230669134/agravo-de-instrumento-ai-70065995078-rs/inteiro-teor-230669136>>. Acesso em: 16.01.2017.

BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. **Raízes do brasil**. Livraria José Olimpyio Editora: Rio de Janeiro, 1956.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

_____. **Estudo sobre Direitos Fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

COSTA, D. Macedo. **A liberdade de cultos, representação à assembléiageral legislativa pelo bispo do pará**, 1988.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de direito de constitucional positivo**. 18.ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2000.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradutor: Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Quorum, 2008.

DELPHINO, Cristine. **A primeira missa no brasil**. [200?]. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/a-primeira-missa-no-brasil/>>. Acesso em 16.7.2016.

DIMOULIS, Dimitri. MARTINS, Leonardo. **Comentários à constituição federal de 1988**. Coordenadores científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**: vol. 2, 3 e 4, 2. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUARTE, Lidiane. **Diretas já**. Infoescola. [2000?]. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/diretas-ja/>>. Acesso em: 9.8.2016.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge.:Harvard University Press, 2011.

ESQUIVEL, Juan Cruz. Igreja católica e estado na Argentina e no Brasil:Notas introdutórias para uma análise comparativa. **Revista Ciências Sociais e Religião**, V. 5, nº 5. Universidade do Rio Grande do Sul- UFRGS, 2003, disponível em <<http://www.seer.ufrgs.br/index.php/CienciasSociaiseReligiao/article/view/2260/965>>. Acesso em 03.01.2017.

FAUSTO, Boris. **História concisa do brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Imprensa Oficial do Estado, 2001.

FREIJEIRO, Antonio Blanco. **Regalismo y galicanismo**. ArteHistória. 1993. Disponível em: <<http://www.artehistoria.com/v2/contextos/1993.htm>>. Acesso em: 25/01/2016.

GARCIA, Emerson. **Religião e espaço público**: a tensão dialética entre liberdade de crença e laicidade do Estado. Empório do Direito. 2016. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/religiao-e-espaco-publico-a-tensao-dialetica-entre-liberdade-de-crenca-e-laicidade-do-estado-por-emerson-garcia/>>. Acesso em: 27.12.2016.

GASPARETO, Antonio Junior. Trado de Latrão. **Infoescola**. [200?]. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/historia/tratado-de-latrao/>>. Acesso em: 27.12.2016.

GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici. Direitos humanos e cidadania no Brasil. *In:Direitos Fundamentais Coletivos e Difusos*: questões sobre a fundamentalidade. 1. edição. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

GOUVEIA; Kristal Moreira. GOUVEIA, Priscila Moreira. SILVA, Juliana Pereira. O fenômeno da publicização do direito civil no contexto neoconstitucionalista. **Revista Direito & Dialogicidade**, Ano III, v. III, dez. 2012. Disponível em: <<http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/DirDialog/article/view/459>>. Acesso em: 10.6.16.

GUASTINI, Riccardo. **DalleFontialleNorme**, Turim, 1990.

KANT, Immanuel. **A crítica da razão prática**. Coleção Folha grandes nomes do pensamento. Tradução: Valério Rohden. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2015.

KIM, Richard Pae. Titularidade dos direitos fundamentais difusos e coletivos. KIM, Richard Pae; BARROS, Sérgio Resende; KOSAKA, Fausto KozoMatsumoro. (Org.). **Direitos fundamentais coletivos e difusos: questões sobre a fundamentalidade**. São Paulo: Editora Verbatim, 2012.

LIMA LOPES, José Reinaldo. **O Direito na história: Lições introdutórias**. São Paulo: Max Limonad, 2000.

LUSTOSA, D. Antonio de Almeida. **Dom Macedo Costa**, Rio, 1939.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 30. ed. São Paulo: Malheiros Editora, 2009.

MARTIM, Laicidade no Brasil. In: **Comentários à constituição federal de 1988**. BONAVIDES, Paulo. MIRANDA, Jorge. AGRA, Walber de Moura, BILAC PINTO FILHO, Francisco. RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição federal comentada: com súmulas e julgados selecionados do STF e de outros tribunais**. 2. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MELASPOROS. **Exposição dos verdadeiros princípios sobre que se baseia a liberdade religiosa demonstrada ser a separação entre a Igreja e o Estado uma medida de direito absoluto e de summa importância**. 1. ed., Rio de Janeiro: Laemmert, 1866.

MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 24. ed. rev. atual. até a Emenda Constitucional 55 de 20.9.2007. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Limitações dos direitos fundamentais. MENDES, Gilmar Ferreira; Coelho, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. (Org.). **Curso de direito constitucional**. 6. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Constituições de diversos países**. Organização, Tradução e Nota Prévia de Jorge Miranda. Imprensa Nacional: Casa da Moeda, E. P. Lisboa, 1987.

_____. **Manual de direito constitucional**. 4vs: v. I, 4. ed., Coimbra, 1988.

MONTESQUIEU, Charles L. de S. **Do espírito das leis**. São Paulo: Dif. Europeia L., 1962.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27. ed.- São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito constitucional**. 30. ed.- São Paulo: Atlas, 2014.

MORAES, Maria Celina B. A caminho de um direito civil constitucional. Rio de Janeiro: **Revista Estado, Direito e Sociedade**. Departamento de Ciências Jurídicas da PUC/RJ, vol. 1º, 1991.

ORO, Ari Pedro. URETA, Marcela. **Religião e política na América Latina: uma análise da legislação dos países**. Horizontes Antropológicos, vol.13, nº 27. Porto Alegre: Jan./June 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832007000100013>. Acesso em 15.10.2015.

PICAZO, LuisDiez. Los principios generales de Derecho em eloensamiento de F. de Castro. In: **Anuário de Derecho Civil**, t. XXXVI, dase 3º, out./dez, 1983.

PONTES DE MIRANDA, Franscisco Cavalcanti. **Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1, de 1969**, vol. V, São Paulo, 1971.

_____. **Comentários à Constituição de 1967**, São Paulo, 1967.

PORTAS ABERTAS INTERNACIONAL. **Nova lei abre brecha à perseguição religiosa na Argentina**: Lei que pretende prevenir qualquer tipo de `manipulação psicológica´ é usada abusivamente contra líderes cristãos.2016. Disponível em: <<http://www.cpadnews.com.br/universo-cristao/34316/nova-lei-abre-brecha-a-perseguiacao-religiosa-na-argentina.html>>. Acesso em: 27.12.2016.

PROCLAMAÇÃO da república no brasil. In: **Sua Pesquisa**. [200?]. Disponível em: <<http://www.suapesquisa.com/historiadobrasil/proclamacaodarepublica.htm>>. Acesso em: 20.7.2016.

PROSELITISMO. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. 2017. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=PROSELITISMO>>. Acesso em 18.9.2016.

PUNIYANI, Ram. **Communalpolitics: facts versus myths**. [200?]. Disponível em: <<https://us.sagepub.com/en-us/sam/communal-politics/book226066>>. Acesso em: 27.12.2016.

REALE, Miguel. **Os direitos da personalidade**. 2004. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em 16.6.2016.

REGALISMO. **Dicionário brasileiro da língua portuguesa**. 2017. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=regalismo>>. Acesso em 18.9.2016.

ROCA. **Direito da constituição em Argentina**. [2000?]. Disponível em: <http://www.resumose TRABALHOS.com.br/direito-da-constituicao-em-argentina.html#document_content>. Acesso em: 27.12.2016.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Art. 5º, incisos IV ao IX. *In: Comentários à Constituição Federal de 1988*. Coordenadores científicos: Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução: Rolando Roque da Silva. Edição eletrônica: Ed. RidendoCastigat Mores, 2001.

RUI BARBOSA. **Pensador Uol**. [200?]. Disponível em: <<http://pensador.uol.com.br/frase/MTIwMzQ3/>>. Acesso em: 25.08.2016.

SARMENTO, Daniel. Colisões entre direitos fundamentais e interesses públicos. *In: Direitos fundamentais: Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SCAMPINI, Pe. José. **A liberdade religiosa nas constituições brasileiras**: estudo filosófico-jurídico comparado. Editora Vozes: Petrópolis- RJ, 1978.

SILVA, Kátia Adriano Matias da. FONTENELE, Sílvia Helena de Mendonça. **O laicismo no Uruguai**. Ameríndia, vol. 4, número 2, 2007.

SORIANO, Aldir Guedes. **Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2. ed. rev. atual. eampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Estado, Direito e Sociedade**, vol. 1º, 1991.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. **Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no brasil**, 2. ed., São Paulo: Editora Perspectiva, 2011.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**, vol. I. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Direito público direito privado: sob o prisma das relações jurídicas**. São Paulo: Editora Saraiva, 1972.

ANEXO A – DECRETO N. 46.802, DE 5 DE JUNHO DE 2002

Dispõe sobre o Ensino Religioso nas escolas públicas estaduais de ensino fundamental e dá providências correlatas

GERALDO ALCKMIN, Governador do Estado de São Paulo, no uso de suas atribuições legais, Considerando o disposto nos artigos 210 da Constituição Federal e nos artigos 242 e 244 da Constituição Estadual, na Lei Federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e na Lei Estadual nº 10.783, de 9 de março de 2001; e Considerando a Deliberação CEE nº 16, aprovada pelo Conselho Estadual de Educação e homologada por Resolução SE, de 27 de julho de 2001,

Decreta:

Artigo 1.º - O Ensino Religioso, parte integrante da proposta pedagógica da escola pública de ensino fundamental, será ministrado nas escolas estaduais de acordo com o disposto no presente decreto.

Artigo 2.º - O Ensino Religioso a ser ministrado no horário normal das aulas das escolas estaduais terá caráter confessional, devendo assegurar o respeito a Deus, à diversidade cultural e religiosa, e fundamentar-se em princípios de cidadania, ética, tolerância e em valores universais presentes em todas as religiões.

Parágrafo único - Não será admitido nas escolas públicas, qualquer tipo de proselitismo religioso, preconceito ou manifestação em desacordo com o direito individual dos alunos e de suas famílias de professar um credo religioso ou mesmo o de não professar nenhum.

Artigo 3.º - As diretrizes curriculares a serem observadas e os conteúdos a serem ministrados nas aulas de Ensino Religioso são os definidos pelo Conselho Estadual de Educação.

Parágrafo único - Ao Conselho Estadual de Educação compete avaliar a implementação do Ensino Religioso nas escolas estaduais de ensino fundamental, ouvindo-se o Conselho de Ensino Religioso do Estado de São Paulo - CONER e outras entidades civis representativas das diferentes denominações religiosas, além de representantes da Secretaria da Educação e das entidades do magistério.

Artigo 4.º - O Ensino Religioso a ser ministrado no horário normal das aulas das escolas estaduais terá caráter confessional, devendo assegurar o respeito a Deus, à diversidade cultural e religiosa, e fundamentar-se em princípios de cidadania, ética, tolerância e em valores universais presentes em todas as religiões.

Parágrafo único - As exigências relativas à habilitação do professor para ministrar as aulas devem estar em conformidade com a Deliberação nº 16/2001, do Conselho Estadual de Educação, órgão normativo do sistema de ensino.

Artigo 5.º - A Secretaria da Educação adotará as medidas necessárias para a implementação gradativa deste decreto.

Artigo 6.º - Este decreto entra em vigor na data de sua publicação, ficando revogadas as disposições em contrário, em especial o Decreto nº 12.323, de 25 de setembro de 1978 e o Decreto nº 38.570, de 27 de abril de 1994.

Palácio dos Bandeirantes, 5 de junho de 2002

GERALDO ALCKMIN

Gabriel Benedito Issac Chalita

Secretário da Educação

Rubens Lara

Secretário-Chefe da Casa Civil

Dalmo Nogueira Filho

Secretário do Governo e Gestão Estratégica

Publicado na Secretaria de Estado do Governo e Gestão Estratégica, aos 5 de junho de 2002.

ANEXO B – RESOLUÇÃO CFM n° 1021/80

Resolução CFM n° 1021/80 adota os fundamentos do parecer no processo CFM n.º 21/80, como interpretação autêntica dos dispositivos deontológicos referentes à recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de iminente perigo de vida

RESOLUÇÃO CFM n° 1.021/80

O CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, usando da atribuição que lhe confere a Lei n° 3.268, de 30 de setembro de 1957, regulamentada pelo Decreto n° 44.045, de 19 de julho de 1958, e

CONSIDERANDO o disposto no artigo 153, parágrafo 2º da Constituição Federal; no artigo 146 e seu parágrafo 3º, inciso I e II do Código Penal; e nos artigos 1º, 30 e 49 do Código de Ética Médica;

CONSIDERANDO o caso de paciente que, por motivos diversos, inclusive os de ordem religiosa, recusam a transfusão de sangue;

CONSIDERANDO finalmente o decidido em sessão plenária deste Conselho realizada no dia 26 de setembro de 1980,

RESOLVE:

Adotar os fundamentos do anexo PARECER, como interpretação autêntica dos dispositivos deontológicos referentes a recusa em permitir a transfusão de sangue, em casos de iminente perigo de vida.

Rio de Janeiro, 26 de setembro de 1980.

GUARACIABA QUARESMA GAMA

Presidente em Exercício

JOSÉ LUIZ GUIMARÃES SANTOS

Secretário Geral

Publicada no D.O.U.(Seção I Parte II) de 22/10/80

PARECER PROC. CFM nº 21/80

O problema criado, para o médico, pela recusa dos adeptos da Testemunha de Jeová em permitir a transfusão sanguínea, deverá ser encarada sob duas circunstâncias:

1 A transfusão de sangue teria precisa indicação e seria a terapêutica mais rápida e segura para a melhora ou cura do paciente.

Não haveria, contudo, qualquer perigo imediato para a vida do paciente se ela deixasse de ser praticada.

Nessas condições, deveria o médico atender o pedido de seu paciente, abstendo-se de realizar a transfusão de sangue.

Não poderá o médico proceder de modo contrário, pois tal lhe é vedado pelo disposto no artigo 32, letra "f" do Código de Ética Médica:

"Não é permitido ao médico:

f) exercer sua autoridade de maneira a limitar o direito do paciente resolver sobre sua pessoa e seu bemestar".

2 O paciente se encontra em iminente perigo de vida e a transfusão de sangue é a terapêutica indispensável para salvá-lo.

Em tais condições, não deverá o médico deixar de praticá-la apesar da oposição do paciente ou de seus responsáveis em permitila.

O médico deverá sempre orientar sua conduta profissional pelas determinações de seu Código.

No caso, o Código de Ética Médica assim prescreve:

"Artigo 1º A medicina é uma profissão que tem por fim cuidar da saúde do homem, sem preocupações de ordem religiosa..."

"Artigo 30 O alvo de toda a atenção do médico é o doente, em benefício do qual deverá agir com o máximo de zelo e melhor de sua capacidade profissional".

"Artigo 19 O médico, salvo o caso de "imminente perigo de vida", não praticará intervenção cirúrgica sem o prévio consentimento tácito ou explícito do paciente e, tratandose de menor incapaz, de seu representante legal".

Por outro lado, ao praticar a transfusão de sangue, na circunstância em causa, não estará o médico violando o direito do paciente.

Realmente, a Constituição Federal determina em seu artigo 153, Parágrafo 2º que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei".

Aquele que violar esse direito cairá nas sanções do Código Penal quando este trata dos crimes contra a liberdade pessoal e em seu artigo 146 preconiza:

"Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda".

Contudo, o próprio Código Penal no parágrafo 3º desse mesmo artigo 146, declara:

"Não se compreendem na disposição deste artigo:

I a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por imminente perigo de vida".

A recusa do paciente em receber a transfusão sangüínea, salvadora de sua vida, poderia, ainda, ser encarada como suicídio. Nesse caso, o médico, ao aplicar a transfusão, não estaria violando a liberdade pessoal, pois o mesmo parágrafo 3º do artigo 146, agora no inciso II, dispõe que não se compreende, também, nas determinações deste artigo: "a coação exercida para impedir o suicídio".

CONCLUSÃO

Em caso de haver recusa em permitir a transfusão de sangue, o médico, obedecendo a seu Código de Ética Médica, deverá observar a seguinte conduta:

1º Se não houver iminente perigo de vida, o médico respeitará a vontade do paciente ou de seus responsáveis.

2º Se houver iminente perigo de vida, o médico praticará a transfusão de sangue, independentemente de consentimento do paciente ou de seus responsáveis.

Dr. TELMO REIS FERREIRA

Relator