

FACULDADE UNIDA DE VITÓRIA

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS DAS RELIGIÕES

ANDRESSA RODRIGUES AMARAL

Certificado pelo Programa de Pós-Graduação Profissional da Faculdade Unida de Vitória – 09/02/2022.



A INFLUÊNCIA DA RELIGIÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

VITÓRIA-ES

2022

ANDRESSA RODRIGUES AMARAL

A INFLUÊNCIA DA RELIGIÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Certificado pelo Programa de Pós-Graduação Profissional da Faculdade Unida de Vitória – 09/02/2022.



Trabalho de Conclusão de Curso na forma de Dissertação de Mestrado Profissional como requisito parcial para obtenção do grau de Mestra em Ciências das Religiões. Faculdade Unida de Vitória. Programa de Pós-Graduação em Ciências das Religiões. Área de Concentração: Religião e Sociedade. Linha de Atuação: Religião e Espaço Público.

Orientador: Osvaldo Luiz Ribeiro

VITÓRIA-ES

2022

Amaral, Andressa Rodrigues

A influência da religião na jurisprudência do STF / Andressa Rodrigues
Amaral. -- Vitória: UNIDA / Faculdade Unida de Vitória, 2022.

vii, 121 f. ; 31 cm.

Orientador: Osvaldo Luiz Ribeiro

Dissertação (mestrado) – UNIDA / Faculdade Unida de Vitória, 2022.

Referências bibliográficas: f. 112-121

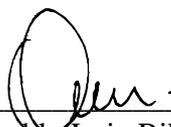
1. Ciência da religião. 2. Religião e espaço público. 3. Religião e laicidade.
4. Religião e direito. 5. Laicidade. 6. Constituição. 7. Supremo Tribunal Federal
(STF). - Tese. I. Andressa Rodrigues Amaral. II. Faculdade Unida de Vitória,
2022. III. Título.

ANDRESSA RODRIGUES AMARAL

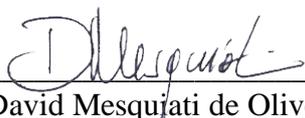
A INFLUÊNCIA DA RELIGIÃO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

Trabalho de Conclusão de Curso na forma de Dissertação de Mestrado Profissional como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciências das Religiões. Faculdade Unida de Vitória. Programa de Pós-Graduação em Ciências das Religiões. Área de Concentração: Religião e Sociedade. Linha de Atuação: Religião e Espaço Público.

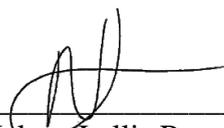
Data: 09 fev. 2022.



Osvaldo Luiz Ribeiro, Doutor em Teologia, UNIDA (presidente).



David Mesquita de Oliveira, Doutor em Teologia, UNIDA.



Nelson Lellis Ramos Rodrigues, Doutor em Sociologia Política, UENF.

AGRADECIMENTO

Devo este trabalho primeiramente a Deus, aquele que me concedeu forças para seguir em meio às provações nesse percurso. Por vezes, ele “sussurrou” aos meus ouvidos: “Levanta-te e come! Ainda tens um caminho longo a percorrer” (1Rs 19,7). À Nossa Senhora Aparecida, minha fiel intercessora.

Aos meus pais, Valdelan e Maria Cleunice, o meu infinito e profundo agradecimento. É com lágrimas nos olhos que dedico essa conquista a vocês. Meu maior suporte, fonte inabalável de amor, de compreensão e de encorajamento, o nutriente fundamental para o prosseguimento nesta jornada e meu baluarte. Minha dívida com vocês é eterna.

Como alimento do céu, surgiram também algumas pessoas que foram fundamentais para que minha disposição permanecesse viva. São anjos com palavras e ações concretas de incentivo e estímulo, que me entusiasmaram a superar as minhas limitações. Pessoas importantes que nomeio como família, em especial meu irmão, Ronald, e amigos como Wallace, sem os quais, certamente, não teria tido êxito nessa jornada.

Durante esta silenciosa e árdua caminhada, também recebi muitas palavras e gestos de apoio e benignidade da minha “turma” do escritório GCP advogados associados. Agradeço de modo especial ao Dr. Gustavo, que nunca deixou de confiar no meu potencial e esteve sempre disponível e disposto a me ajudar.

Muitas pessoas estiveram ao meu lado, e a todas elas agradeço com o coração recheado de gratidão. Impossível citar todas. Mas, arrisco-me em agradecer, sobretudo, a Larissa, a Natália, ao David e ao Fárnio, que me fizeram acreditar que posso mais que imagino, dando-me forças, muitas vezes, até mesmo sem saber.

Aos demais amigos e familiares agradeço por compreenderem minha ausência durante esse período.

Em relação à efetivação concreta da pesquisa, agradeço ao meu orientador, Dr. Osvaldo Luiz Ribeiro, que com toda competência me instruiu. Não poderia deixar de agradecer, também, aos professores, Graham Gerald McGeoch e David Mesquiati de Oliveira, que, com muita presteza, forneceram-me um relatório de qualificação satisfatório em tempo recorde.

Tenho a consciência de que ninguém vence sozinho/a, e se eu cheguei até aqui o porquê é simples: estive apoiada no ombro de gigantes!

Muito obrigada!

RESUMO

A pesquisa versa sobre a influência da religião na jurisprudência do STF, analisando se as crenças, os posicionamentos e os discursos religiosos, através de seus representantes – por exemplo, as entidades religiosas – ainda estariam exercendo influência nas fundamentações de sentenças, julgados e jurisprudências na Corte Máxima brasileira. O objetivo consiste em investigar em que medida isso estaria ocorrendo, sobretudo nas ações de controle de constitucionalidade concentrado, levando em consideração as especificidades da laicidade vivenciada no Brasil. Corolário a esse questionamento, a pesquisa analisa se a laicidade estatal aparece enquanto justificativa para decidir casos que versem sobre a liberdade religiosa. Isso será feito através da metodologia bibliográfica e em três capítulos. Primeiro procura-se estabelecer os aspectos conceituais da religião, do direito e da laicidade, no intuito de disponibilizar as bases epistemológicas que perpassam toda a discussão, analisando, também, a questão da liberdade religiosa no Brasil. Depois, busca-se mapear os limites do direito, suas fontes de atuação no judiciário bem como os *hard cases* e a discricionariedade judicial. Por último, analisam-se alguns casos emblemáticos, na prática, observando se a declaração de Estado laico e/ou liberdade religiosa representa ou não um argumento que compõe a fundamentação nas demandas trazidas pelas entidades religiosas, bem como nas respostas fornecidas pelos ministros. A pesquisa é de grande valia para os operadores do direito e, de igual forma, para os cientistas da religião, em virtude da interdisciplinaridade. Esses profissionais poderão adotar uma postura de isenção e de suspensão de crenças, de juízos de valor e de verdade, diante de situações semelhantes aos casos abordados na pesquisa.

Palavras-chave: Religião. Direito. Laicidade. Constituição. Supremo Tribunal Federal (STF).

ABSTRACT

This research approaches the influence of Religion on Brazilian Federal Court of Justice (STF) jurisprudence, analyzing if the beliefs, positions and religions discourses, through its Representatives - For example, religions entities - still are executing influence on the foundations of sentences, judgments and jurisprudence in Brazilian Maximum Court. The objective consists into investigate to what extent this is happening, especially in concentrated constitutionality control actions, taking into account the specificities of secularism experienced in Brazil. Corollary to this questioning the research analyzes whether state secularism appears as a justification for deciding cases that deal with religious freedom. This will be done through bibliographical methodology and in three chapters. First, seeking to establish the conceptual aspects of religion, law and secularism, in order to provide the epistemological bases that permeate the entire discussion, also analyzing the issue of religious freedom in Brazil. Thereafter, pursue to map the limits of law, its sources of action in the judiciary as well as hard cases and judicial discretion. Finally, some emblematic cases are analyzed, in practice, observing whether the declaration of secular status and/or religion freedom represents or not an argument that makes up the grounds for the demands brought by religious entities, as well as for the responses provided by ministers. This research represents a great value to legal practitioners and, equally, to religious scientists, due to its interdisciplinarity. These professionals may adopt an attitude of exemption and suspension of beliefs, judgments of value and truth, in the face of similar situations to the cases addressed in the research.

Keywords: Religion. Law. Secularity. Constitution. Brazilian Federal Court of Justice (STF).

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 A RELIGIÃO E O DIREITO NO ESTADO LAICO BRASILEIRO.....	14
1.1 Conceitos fundamentais.....	14
1.1.1 Religião.....	14
1.1.2 Direito.....	19
1.1.3 Laicidade	23
1.2 Estado laico brasileiro	27
1.3 O direito à liberdade	36
1.3.1 Liberdade religiosa como direito fundamental: aspectos gerais.....	37
1.3.2 Limites à liberdade religiosa	44
2 AS LIMITAÇÕES DO DIREITO: ATÉ ONDE CHEGAM AS SOLUÇÕES E INTERPRETAÇÕES JURÍDICAS	48
2.1 Fontes do direito	48
2.1.1 A Constituição	54
2.1.2 As leis ou a legislação	55
2.1.3 O Costume	57
2.1.4 A Doutrina.....	58
2.1.5 A jurisprudência	60
2.2 Casos difíceis e a discricionariedade judicial.....	62
2.3 O discurso religioso e as entidades religiosas nos debates judiciais	68
2.3.1 Entidades religiosas como <i>amicus curiae</i>	75
3 O TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL DO STF ENVOLVENDO A CONVICÇÃO RELIGIOSA E LAICIDADE ESTATAL: CASOS EMBLEMÁTICOS	79
3.1 Uso de células-tronco embrionárias: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510	79
3.2 Interrupção da gravidez em casos de fetos com anencefalia – ADPF nº 54/DF.	87
3.3 União homoafetiva – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277	96
CONCLUSÃO.....	108
REFERÊNCIAS	112

INTRODUÇÃO

A pesquisa pretende analisar a influência do fenômeno religioso nas decisões judiciais, a partir da seguinte pergunta-problema: a laicidade estatal emerge como justificativa para as decisões de casos que versam sobre a liberdade religiosa no cenário brasileiro? Compreende-se que, com o advento da República, o Brasil deixou de ser uma nação com uma religião oficial, a saber, o catolicismo romano. A separação entre Estado e igreja, em tese, foi estabelecida a partir das Constituições Federais, sobretudo, o texto constitucional de 1988. Com efeito, os brasileiros teriam sido beneficiados com a garantia da liberdade religiosa, abrangendo a liberdade de consciência, de crença e de culto, conforme estabelece o art. 5º, VI, da Constituição vigente. De modo consequente, o Brasil passaria a ser um país pluralista no tocante aos assuntos religiosos, sendo admitidas todas as formas religiosas.¹

O *pluralismo religioso* seria, nesses termos, um fenômeno que se manifesta na sociedade moderna e que a compele ao respeito e à tolerância em relação ao que é considerado diferente. É um paradigma recente que objetiva conceder espaço e abertura para a legitimação de diversas cosmovisões religiosas. O que estaria sempre pautado na lógica de um respeito construído, sobretudo, através do diálogo e da alteridade, buscando, pois, o entendimento, a paz e a compostura entre as pessoas.²

Nesse sentido, o conceito de pluralismo religioso teria exprimido o ideal de liberdade religiosa das pessoas, bem como o respeito e a convivência pacífica de todas as manifestações religiosas. O pluralismo estaria em evidência na modernidade em face da crescente manifestação da diversidade religiosa e da pluralidade de ideias e pensamentos entre os seres humanos de culturas distintas. A liberdade religiosa e de expressão são, portanto, condições essenciais para a existência do pluralismo religioso. Assim, quando e onde houver o exercício da liberdade de expressão e da liberdade religiosa, de forma livre e espontânea, longe de intolerâncias, existirá o pluralismo religioso.³

Em síntese, o pluralismo religioso se apresentaria como precursor do diálogo entre as diferentes tradições e culturas religiosas, tendo em vista a expansão das fronteiras. Compreende-se que esse diálogo deveria ocorrer não apenas entre as distintas tradições religiosas, mas, de igual modo, com a sociedade que, geralmente, não se mostra aberta à

¹ SILVA, José A. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 74.

² GOMES, Francisco F.; SOUZA, Wilson R. *Modernidade e pluralismo religioso*. *Revista Semana Acadêmica*, Fortaleza, v. 1, n. 41, p. 1-11, 2013. p. 2.

³ GOMES, 2013, p. 2.

alteridade e à comunicação respeitosa com as pessoas que manifestam a sua fé de modo diferente em relação à maioria.⁴

Embora o país tivesse que manter uma postura neutra em relação aos aspectos religiosos,⁵ de modo geral, a religião não teria deixado de compor, especialmente no âmbito da tradição jurídica ocidental uma fonte de orientação elementar. A despeito de a autoridade das normas terem se fundamentado na própria vontade humana, presume-se que os valores disseminados através das principais crenças religiosas, ainda seriam capazes de motivar a formação da substância do direito.⁶

Na atualidade, dentre os temas que aparecem com frequência nos campos da ciência política, da filosofia do direito e da sociologia, o lugar ocupado pela religião no espaço público tem grande destaque. Esse debate se concentra sobre o fenômeno religioso, considerando-o a partir do seu campo de atuação e do lugar institucional que ocupa nos Estados ocidentais.⁷ Ao observar o processo de transição democrática brasileira, em que a liberdade de culto, de crença e o pluralismo religioso estariam sendo permitidos sem favorecer uma religião em detrimento de outras, surgem algumas questões acerca da influência da religião nos poderes estatais. É importante, pois, indagar se as crenças, os posicionamentos e os discursos religiosos ainda estariam exercendo influência sobre as fundamentações de sentenças, julgadas e jurisprudências, e em que medida isso estaria ocorrendo.

O ordenamento jurídico brasileiro teria se consolidado pela influência religiosa católica romana, usando como base o direito canônico. Afinal, é possível identificar muitas as heranças do direito canônico nos fundamentos do direito ocidental moderno.⁸ Desde a Idade Média, o direito canônico estaria suscitando a criação de institutos jurídicos e tratando de manifestações sociais e comunitárias do escopo da comunidade eclesial, de forma que, em muitos casos, teria expressado excelência em relação a sua organização, formalidade e funcionamento. Talvez, por essa razão, o Estado teria implantado entendimentos análogos ou idênticos aos que constam no ordenamento jurídico eclesiástico em inúmeras matérias

⁴ SILVA, Airton V.; ULRICH, Claudete B. Pluralidade religiosa brasileira: a importância do diálogo inter-religioso. *Revista Protestantismo em Revista*, São Leopoldo, v. 43, n. 01, p. 83-94, 2017. p. 88.

⁵ SILVA, 2014, p. 74.

⁶ RAMOS, Marcelo M. *Direito e religião: reflexões acerca do conteúdo cultural das normas jurídicas*. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 5, p. 49-76, 2010. p. 49.

⁷ CALDEIRA, Rodrigo C. Considerações sobre a igreja católica romana e a evolução de sua compreensão sobre os direitos humanos. *Revista Horizonte*, Belo Horizonte, v. 15, n. 47, p. 770-796, 2017. p. 771.

⁸ CALDEIRA, 2017, p. 771.

jurídicas seculares.⁹ Esse fato impõe um dilema acerca das relações – e dos limites dessas relações – entre o Estado e a religião, mais especificamente, a relação ainda que laica entre o Cristianismo e o texto constitucional.

A despeito de o Estado se utilizar legalmente do termo *laico* como forma de privar tais intervenções – aqui sempre paralelas à questão fundamental –, parte-se do pressuposto de que estariam gravitando outros aspectos que viabilizam a delimitação do objeto de pesquisa e indicam os objetivos que se pretendem alcançar na pesquisa. Desse modo, em linhas gerais, para responder o problema central da pesquisa, parte-se da hipótese de que a participação das religiões é legítima no contexto do Estado brasileiro, pois, como será explanado no primeiro capítulo, a Constituição da República de 1988 estabelece um Estado onde deveria predominar a laicidade e não o laicismo – expressões que serão mais bem delineadas ao longo da pesquisa. Por esta razão, o Estado não poderia escolher qualquer religião como oficial e nem inibir o funcionamento de nenhuma delas. O que não significa dizer que o Estado seja inimigo das religiões – *laicismo*. Portanto, a possibilidade de participação das religiões no espaço público é garantia da liberdade religiosa.

O referencial teórico adota os conceitos de *religião*, *direito* e *laicidade*, que são relatados no primeiro capítulo da pesquisa. É a noção de *religião* de Émile Durkheim, relacionada ao papel da religião na sociedade, que norteará a pesquisa. A teoria durkheimiana alega que a religião se manifesta como uma projeção da experiência social, identificando a religião com a sociedade como se fosse uma coisa só. Nesse sentido, religião seria um sistema solidário em que crenças e práticas, reunidas em um conjunto de regras de cunho moral, podem ser consideradas sagradas por aqueles que aderem a esse sistema.

Recorre-se ao pensamento de Hart para delinear o conceito de *direito* que perpassa a pesquisa. Para Hart, o direito é como uma práxis social amparada nos costumes e nas crenças comuns, devendo, desse modo, ser articulado à luz dessa hipótese. Isso permitiria, segundo ele, que todas as pessoas participem do direito, já que todas elas são praticantes desses costumes e dessas crenças. Em relação à *laicidade*, a ótica de Blancarte contribui para pensá-la como um regime social de convivência, que estaria sustentada na liberdade de consciência, em que as organizações políticas não seriam mais legitimadas pelos elementos religiosos, mas pela soberania popular.

⁹ LOURENCINI, Antônio R.. O direito canônico e a formação do direito ocidental moderno: dos fundamentos do direito canônico à sua geral influência no ordenamento jurídico estatal, mormente no direito de família (matrimônio). In: JUS NAVIGANDI [Site institucional]. 01 mar. 2014. [online]. [n.p.].

No conjunto, os conceitos delineados na construção desse referencial teórico ajudam na constatação de que a Constituição da República de 1988 ratificou a liberdade religiosa como sendo direito de natureza fundamental de todo indivíduo e veda ao Estado estabelecer práticas que favoreçam ou inibam o funcionamento das religiões. Nesse sentido, *liberdade religiosa* e *laicidade* são expressões intimamente ligadas, pois a primeira é garantida quando se efetiva a segunda. Com efeito, só seria possível falar em laicidade se o Estado tem como fito a garantia da liberdade religiosa como direito fundamental do indivíduo.

A pesquisa procura responder essas questões a partir da metodologia bibliográfica, no intuito de analisar se há influência da religião no poder judiciário, levando em consideração as especificidades da laicidade vivenciada no Brasil. Para tanto, serão consultadas obras do âmbito jurídico e das Ciências das Religiões, tais como: teses, dissertações, artigos, livros, entrevistas, *sites* institucionais do governo brasileiro, o texto constitucional vigente, entre outras fontes.

Não se pretende analisar a influência da religião nos três poderes, mas, apenas no Poder Judiciário, mais especificamente na Suprema Corte. Elencam-se os casos “julgados de maior repercussão para a análise sociojurídica brasileira”¹⁰, que, segundo Ponzilacqua, foram os casos relacionados ao abortamento de anencéfalos, à inconstitucionalidade do art. 5 da Lei de biossegurança Nacional (Lei Federal nº11.105, de 24 de março de 2005) e do reconhecimento da união civil dos homoafetivos.¹¹ O objetivo geral da pesquisa, portanto, consiste em verificar se a religião, através dos seus representantes, por exemplo, as entidades religiosas, ainda estariam exercendo influência sobre o direito, sobretudo, a partir da análise da jurisprudência do STF nas ações de controle de constitucionalidade concentrado. Tais ações teriam sido aquelas que versaram a respeito das demandas de maior repercussão para a análise sociojurídica no contexto brasileiro.

Ademais, pretende-se, no decorrer da pesquisa, observar como o Estado estaria se apresentando diante dessa possível ingerência. Ou seja, perscrutar como a categoria *laicidade* estaria sendo articulada na sociedade brasileira e se ela requer ou não o afastamento total dos ideais religiosos do espaço público. Em outras palavras, esses ideais deveriam se adequar às regras do jogo, por assim dizer, onde as entidades religiosas estariam se expressando em termos de tradição e dogmas da religião, ou em termos de razões públicas, ou ambas as formas estariam sendo admitidas no Brasil?

¹⁰ PONZILACQUA, Marcio H. P. *Direito e religião: abordagens específicas*. Ribeirão Preto: FDRP USP, 2016. p. 30.

¹¹ PONZILACQUA, 2016, p. 30.

Sabe-se que o direito à liberdade religiosa, no Brasil, bem como os demais direitos de liberdades individuais diante do pluralismo religioso e a separação do Estado e religião, são feitos substanciais advindos do constitucionalismo liberal moderno cuja complexidade e tensão são notórias.¹² Afinal, o modelo do Estado laico – que não deveria confessar oficialmente uma fé religiosa – permite que os cidadãos escolham, por si mesmos, a sua religião, podendo negá-la ou não praticá-la. Mesmo assim, não é incomum surgirem conflitos entre os cidadãos e os grupos sociais por motivos religiosos. Esses dilemas, uma vez judicializados, desafiam os princípios políticos da laicidade do Estado e da liberdade religiosa.¹³

Nesse sentido, a tarefa de analisar a relação entre Estado e religião, nos termos que aqui estão sendo propostos, torna-se fundamental. A religião assume um papel preponderante nos casos de interesse social, como também, muitas vezes, se vê barrada em outras circunstâncias. É nesse ponto que a pesquisa tem a sua justificativa. Destarte, investigar e mapear esse aspecto poderá enriquecer o acervo acadêmico-científico. A pesquisa também se mostra relevante socialmente quando intenta provocar impulsos reflexivos em seus/suas leitores/as e no seu engajamento nas causas desse litígio.

A pesquisa subdivide-se em três capítulos. O primeiro quer dar as bases epistemológicas que perpassam toda a discussão, ou seja, a construção do referencial teórico – já descrito acima – que servirá como lente para análise do objeto aqui proposto. Os principais conceitos a serem articulados nessa parte da pesquisa se referirão às noções de *religião*, *direito* e *laicidade*. Na esteira dessa discussão, será trabalhada a questão da liberdade religiosa no Brasil.

No segundo capítulo, pretende-se mapear os limites do direito em relação às explicações e às soluções jurídicas. Uma pergunta secundária surge no pano de fundo dessa discussão: quais seriam as fontes legítimas de atuação do judiciário e os meios pelos quais teriam surgido as normas jurídicas? Por isso, nesse capítulo, será abordada a categoria *hard cases* – casos difíceis –, a partir da teoria de Herbert Hart, que reconhece o direito como fundamentalmente incompleto, de modo que o poder concedido ao juiz – nos casos difíceis –, sobretudo, aqueles que apresentam textura aberta que dificultam a aplicação do direito, seria um poder intersticial. Hart parte do pressuposto de que os casos, ainda que sejam difíceis, precisam ser resolvidos mesmo que o direito venha a falhar na oferta de uma resposta. Nessa

¹² PINHEIRO, Victor S.; PIMENTEL, Marcela S. Secularização, estado laico e direito à liberdade religiosa: aproximação da sociologia histórica de Charles Taylor e da filosofia jurídica de John Finnis. *Revista Juris Poiesis*, São Paulo, v. 23, p. 323-353, 2020. p. 325.

¹³ PINHEIRO; PIMENTEL, 2020, p. 325.

ótica, o magistrado possuiria a incumbência de encontrar uma solução, não podendo se esquivar de proferir uma decisão.

O terceiro capítulo aborda alguns casos emblemáticos que tangenciam os elementos vinculados à convicção religiosa e a laicidade estatal no STF, sobretudo, os eventos em que as entidades religiosas tenham se manifestado – seja através de participação em audiências públicas e/ou atuando como *amicus curiae*. Procura verificar em que medida a laicidade estatal se manifesta como um argumento para decidir os casos que versam sobre a liberdade religiosa, observando se a declaração de *Estado laico e/ou liberdade religiosa* representa ou não um argumento que compõe a fundamentação nas demandas apresentadas pelas entidades religiosas, bem como na votação realizada entre os ministros.

A autora da pesquisa, advogada, teve interesse pelo tema a partir de uma inquietação sobre a atuação e o enfrentamento dos magistrados diante de questões de ordem moral e sua relação com fenômeno religioso. Ou seja, se esses profissionais, apesar da vedação contida na teoria geral do processo, estariam atuando sob a influência de fatores internos e/ou externos, bem como se estariam em conformidade com os elementos indispensáveis a uma prestação jurisdicional apoiada na neutralidade, na imparcialidade e na lisura. Por isso, não desprezando os aspectos da interdisciplinaridade e da aplicabilidade, sobretudo no âmbito das Ciências das Religiões, optou-se por delinear o tema, considerando a atuação dos magistrados nos assuntos relacionados à perspectiva religiosa, que está intrinsecamente ligada à moral.

Portanto, em relação ao aspecto profissional da pesquisa, compreende-se que a análise proposta contribuirá para que os/as diferentes profissionais do âmbito do direito e os cientistas da religião tenham uma base para se pensar – ou repensar – acerca das relações entre o Estado e a religião no cenário brasileiro, bem como as questões que tocam, sobretudo, as fundamentações de sentenças, tanto as julgadas e as jurisprudências. Tais aspectos serão possíveis em virtude da interdisciplinaridade da disciplina acadêmica. Além disso, o cientista da religião terá a capacidade de adotar uma postura de isenção e suspensão de crenças e juízos de valor e de verdade, quando analisar as fundamentações apresentadas nos mais diversos debates, compreendendo a religião como um fenômeno advindo da história e da cultura, e que pertence ao domínio da ciência, o que possibilitará que o profissional não adentre as questões de existência ou não do transcendente.

1 A RELIGIÃO E O DIREITO NO ESTADO LAICO BRASILEIRO

Este primeiro capítulo pretende abordar os principais conceitos e temas que nortearão a pesquisa. Trata-se dos conceitos e dos temas concernentes à religião, ao direito e à laicidade no contexto da sociedade brasileira. O objetivo corolário é construir as bases para verificar se o fenômeno religioso, mesmo diante da laicidade do Estado, ainda exerce influência – e em que medida isso pode estar ocorrendo – sobre as decisões no âmbito jurídico. De modo geral, o capítulo quer abordar os aspectos históricos, filosóficos e políticos que regem a cumplicidade entre o direito e a religião no Estado laico brasileiro, no intuito de compreender como o Estado democrático de direito pode estar sendo influenciado pelo fenômeno religioso.

1.1 Conceitos fundamentais

Nesta primeira seção, apresentam-se os conceitos considerados como principais e que norteiam a pesquisa, nesta ordem: religião, Direito e laicidade. Entende-se que a delimitação dos conceitos-chave conduzirá melhor os leitores e as leitoras no processo de compreensão do tema proposto, porque são os termos que protagonizam o cenário desta pesquisa.

1.1.1 Religião

Definir *religião* é uma tarefa complexa e o debate acerca do conceito comumente é perpassado por tensões e conflitos, não apenas no âmbito das Ciências das Religiões, mas, também, das Ciências Sociais, do Direito, entre outras áreas do conhecimento. No século XIX, Karl Marx e Friedrich Nietzsche – e outros pensadores – teriam desferido duras críticas à religião, considerando-a nociva para a humanidade. Para Karl Marx, “a religião é o ópio do povo”¹⁴. Ou seja, ele a considera como um produto humano, uma *consciência invertida* do mundo. O que a tornaria *falsa*, por não abordar acerca da realidade, exercendo uma única função social: ser ópio. Desse modo, o discurso religioso serviria apenas para reconciliar as pessoas com o mundo que as assola.¹⁵ Neste sentido, pode-se dizer que Karl Marx define a

¹⁴ MARX, Karl. *Crítica da Filosofia de Hegel*: introdução. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 145.

¹⁵ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Introdução à crítica da filosofia do direito de Hegel*. Covilhã: Lusofonia Press, 2008. p. 5.

religião como um sintoma de uma enfermidade social a ser superado para se conquistar a liberdade.¹⁶

Para Friedrich Nietzsche, a religião desvela a decadência humana a partir do instante em que as pessoas desprezam a vontade de criar e se colocam à mercê de um deus, pois, para ele, a vida deveria estar acima de tudo. Ele defende a rejeição do cristianismo, porque depreciava a vida: “[...] o cristianismo defendeu tudo quanto é fraco, [...] fez um ideal da oposição aos instintos de conservação da vida potente, [...] corrompeu a razão das naturezas intelectualmente poderosas, ensinando que os valores superiores da intelectualidade não passam de pecados”¹⁷. Em Nietzsche, não apenas o cristianismo, mas toda a religião e qualquer perspectiva metafísica devem ser abandonados. O cristianismo representaria uma tentativa de negação do mundo, porque, ao deslocar a vida em direção ao além, estaria colocando o ser humano em função de outro mundo – *além-mundo*. Nietzsche propôs uma espécie de retorno ao corpo, considerado a mais pura dimensão do humano. A religião, em Nietzsche, nega a vida e, por isso, deveria ser abandonada para a (re) afirmação da vida.¹⁸

Mas, existem outras perspectivas que consideram a religião de modo mais positivo, por exemplo, Émile Durkheim – cujas proposições nortearão esta pesquisa e serão descritas mais adiante – e Mircea Eliade. Em uma ótica fenomenológica, Mircea Eliade não define o conceito de *religião*, mas considera-o como correspondente à experiência do *sagrado* “que revela ao homem a sua modalidade de ser no Mundo”¹⁹. Para ele, a religião resulta de crises existenciais, expressando um modo humano de existência no mundo. O *sagrado* e o *profano* são, pois, duas maneiras de ser no mundo. Por isso, a religião não consistiria na crença em deuses, mas na experiência do sagrado como algo significativo, real e verdadeiro. A função da religião, segundo ele, seria tornar o *homo religious* operador da ideia desse outro *mundo*, que pode ser entendido como um plano trans-humano que confere sentido à existência humana.²⁰ Depreende-se que, em relação ao pensamento de Marx e de Nietzsche, Mircea Eliade estaria preocupado em desvelar a manifestação do *transcendente* no cotidiano das pessoas.

Em sua abordagem sociológica do estudo da religião, Max Weber, diferentemente de Karl Marx, rejeita uma interpretação que atribua a atitude religiosa como uma função da condição social, emergindo como sua representação, bem como rejeita que tal atitude espelhe apenas os interesses materiais ou as ideologias de uma camada social. Ao contrário, Weber

¹⁶ MARX; ENGELS, 2008, p. 6.

¹⁷ NIETZSCHE, Friedrich. *O anticristo: maldição ao cristianismo*. São Paulo: Cia das Letras, 2007. p. 12.

¹⁸ NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratustra*. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 41-43.

¹⁹ ELIADE, Mircea. *Mitos, sonhos e mistérios*. Lisboa: Edições 70, 1989. p. 12.

²⁰ ELIADE, Mircea. *O sagrado e o profano: a essência das religiões*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 92.

teria defendido que a fonte do *espírito do capitalismo* ocidental estaria nos valores da Reforma Protestante. Por isso, sua tentativa teria sido demonstrar como a religião influencia as diversas instituições sociais: educacionais, científicas, artísticas, econômicas, entre outras.²¹

Em uma perspectiva antropológica, Clifford Geertz compreende a religião como:

Um sistema de símbolos que atua para [...] estabelecer poderoso, penetrante, e modos de longa duração e motivações nos homens por [...] formulação de concepções de ordem geral da existência e [...] vestindo essas concepções com tal laura de factualidade que [...] os humores e motivações parecem singularmente realistas.²²

Ou seja, Geertz localiza a religião na dimensão cultural, de modo que, a cultura é interpretada por ele como um padrão de significados difundidos historicamente, ou melhor, como um sistema de concepções que seriam recebidas em formas simbólicas e através das quais os seres humanos interagem e se comunicam.²³ Nesse sentido, os símbolos religiosos poderiam gerar certa harmonia entre o que o autor designa como *ethos* e *visão de mundo*.²⁴ O que equivale dizer que as ações culturais, as apreensões, as construções e a utilização de formas simbólicas são acontecimentos sociais.²⁵ Nesse sentido, para Geertz, a religião seria um sistema de símbolos.²⁶

Após esse arrazoado conceitual, a pesquisa pretende lançar mão das concepções de religião de Émile Durkheim relacionadas ao papel da religião na sociedade. A teoria durkheimiana alega que a religião se mostra como uma projeção da experiência social, ou seja, ela identifica a religião com a sociedade como se fosse uma coisa só. Religião seria, nesses termos, baseado nas palavras de Durkheim, um sistema solidário em que crenças e práticas reunidas em um conjunto de regras de cunho moral são consideradas sagradas por aqueles que aderem a esse sistema.²⁷ Para Celso Gabatz e Jefferson Zeferino, a religião, em Durkheim, seria uma forma pela qual as pessoas se apresentam no mundo, isto é, um sistema de representações sociais desenvolvido por aqueles e aquelas que possuem ações e

²¹ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 123-132.

²² GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 1989. p. 67.

²³ GEERTZ, 1989, p. 103.

²⁴ Segundo Geertz, o *ethos* de uma sociedade representa o caráter e a qualidade de sua vida, seu estilo moral e estético, e sua disposição seria a atitude subjacente em relação a ele mesmo e ao seu mundo que a vida espelha. A *visão de mundo* dessa sociedade, por sua vez, seria o quadro que conduz as coisas como elas são na simples realidade, ou seja, seu conceito de natureza, de si mesmo, da sociedade. Para ele, tal quadro apresenta suas ideias mais abrangentes sobre a ordem. Saiba mais em: GEERTZ, 1989, p. 93.

²⁵ GEERTZ, 1989, p. 93-95.

²⁶ GEERTZ, Clifford. Religion as a cultural system. In: BANTON, Michael. (org.) *Anthropological approaches to the study of religion*. Londres: Tavistock, 1966. p. 1-46.

²⁷ DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 32.

pensamentos coletivos, de modo que a visão coletiva prevalece sobre a individual, o que torna a religião uma construção social.²⁸

Raquel Weiss relembra que antes de apresentar sua definição de religião, Durkheim procurou analisar as concepções existentes, que ele as teria caracterizado como impregnadas de pré-noções, para, depois, rejeitá-las. O que teria resultado na identificação de pelo menos duas vertentes distintas que procuravam definir a religião, a partir de categorias que não poderiam ser aceitas como elementares. Segundo a autora, a primeira concepção “define a religião em função do caráter sobrenatural e misterioso, [...] a segunda [...] considera a religião como um fenômeno fundado sobre a ideia de Deus ou de algum outro ser espiritual superior”²⁹.

Durkheim teria recusado as duas vertentes mencionadas. Em relação à primeira, a ideia de religião não deveria ser tomada como universal como também não seria adequado atribuí-la às religiões mais elementares, porque os dogmas e os rituais não se manifestariam aos adeptos dessas religiões como uma coisa propriamente misteriosa, mas como algo natural e inteligível. No caso da segunda vertente, argumenta-se que tal tentativa de definição também não seria adequada, pois, “existem grandes religiões em que a ideia de deuses e espíritos está ausente, nas quais, pelo menos, ela desempenha tão só um papel secundário e apagado”³⁰. Ou seja, para Durkheim, a religião supera a compreensão de deuses e espíritos. Com efeito, sua definição de religião não deveria ser ancorada nessas proposições.³¹

De acordo com Carlos Lucena, “Durkheim acredita que a essência da religião é a divisão do mundo em fenômenos sagrados e profanos. Não é a crença numa divindade transcendente, pois existem religiões, mesmo superiores, sem Deus. O Budismo é um exemplo”³². Isso significa que a tese durkheimiana se fundamenta, sobretudo, na dicotomia entre o *sagrado* e o *profano*. Para ele, a característica mais marcante da manifestação religiosa seria que ela, em todo momento, supõe uma divisão bipartida do universo tangível, em duas visões de mundo que compreendem tudo o que existe, mas, que se excluem de maneira radical. As coisas sagradas seriam aquelas que protegem e que isolam o sujeito a partir de

²⁸ GABATZ, Celso; ZEFERINO, Jefferson. As contribuições de Émile Durkheim para compreender a religião na contemporaneidade. *Revista Correlatio*, São Bernardo do Campo, v. 16, n. 2, p. 339-355, 2017. [online]. p. 340.

²⁹ WEISS, Raquel. Durkheim e as formas elementares da vida religiosa. *Revista Debates do NER*, Porto Alegre, a. 13, n. 22, p. 95-119, 2012. p. 103.

³⁰ DURKHEIM, 2000, p. 12.

³¹ DURKHEIM, 2000, p. 18.

³² LUCENA, Carlos. O pensamento educacional de Émile Durkheim. *Revista HISTEDBR*, Campinas, v. 10, n. 40, p. 295-305, 2010. [online]. p. 301.

suas proibições em relação às coisas profanas. Tais proibições seriam aplicadas, fazendo que essa pessoa permanecesse à distância delas.³³ Durkheim acrescenta que:

Todas as crenças religiosas conhecidas, sejam elas simples ou complexas, apresentam um mesmo caráter comum: supõem uma classificação das coisas, reais ou ideais, que os homens representam, em duas classes ou em dois gêneros opostos, designados geralmente por dois termos distintos traduzidos, relativamente bem, pelas palavras *profano* e *sagrado*.³⁴ [grifo do texto].

Esses argumentos reforçam o comentário de Osvaldo Luiz Ribeiro, quando afirma que:

Deve-se ter em mente que Durkheim igualmente declarava que ‘a distinção entre sagrado e profano é [...] central em todas as religiões’ [...], considerando-a uma categoria universal [...]. Para Durkheim [...] ‘a força religiosa é somente um sentimento inspirado pelo grupo em seus membros’, sendo por ele projetada e objetificada. A sacralidade assumida pelos objetos na experiência religiosa constituem propriedades ‘adicionadas a eles’ [...]. Sendo assim, é de se observar que uma das principais categorias de aproximação à religião utilizadas por Eliade – o sagrado – já se encontrava assentada em Durkheim, não sendo suficiente, todavia, para produzir neste a convicção da independência da religião em face da cultura, que acompanha as pesquisas do fenomenólogo.³⁵

Nesse sentido, compreende-se que, no âmbito da teoria durkheimiana, o sagrado e o profano teriam sido sempre idealizados pelo espírito humano segundo gêneros dissociados, como dois mundos nos quais nada haveria em comum.³⁶ Ou seja, o sagrado e o profano são mundos totalmente distintos e incomunicáveis. Enquanto o sagrado se apresenta como algo admirável, por assim dizer, o profano estaria em extrema oposição, apontando para a desonra e para a abominação.³⁷

Em relação à definição de religião de Durkheim, isto é, “[...] um sistema solidário de crenças e de práticas relativas a coisas sagradas [...]”³⁸, nota-se a divisão clara entre esses dois domínios – sagrado e profano – onde o ponto axial de sua análise, de acordo com Silas Guerriero, “[...] recai no fato de que o sagrado está associado à sociedade [ou seja] as crenças religiosas são representações coletivas e os principais rituais religiosos são praticados coletivamente”³⁹. Neste sentido, uma comunidade que nutre uma mesma convicção e que celebra rituais de forma concomitante, configura-se, nos termos da teoria durkheimiana, como

³³ DURKHEIM, 2000, p. 24.

³⁴ DURKHEIM, 2000, p. 68.

³⁵ RIBEIRO, Osvaldo L. Teorias (e quase teorias) da religião: um olhar descritivo. *Revista Horizonte*, Belo Horizonte, v. 17, n. 53, p. 723-756, 2019. p. 738.

³⁶ DURKHEIM, 2000, p. 22.

³⁷ DURKHEIM, 2000, p. 24.

³⁸ DURKHEIM, 2000, p. 32.

³⁹ GUERRIERO, Silas. A atualidade da teoria da religião de Durkheim e sua aplicabilidade no estudo das novas espiritualidades. *Revista Estudos de Religião*, São Bernardo do Campo, v. 26, n. 42, p. 11-26, 2012. p. 13.

igreja. O que, para Guerriero, consolida a ideia de que a religião é socialmente organizada.⁴⁰ Guerriero alega o seguinte:

A sociologia francesa, principalmente pelas mãos de Émile Durkheim e Marcel Mauss, contribuiu de forma decisiva para a constituição do conceito de sagrado e também para a noção de religião que se fez preponderante durante o século XX. Seu grande triunfo foi quebrar a visão positivista e evolucionista dominante no final do século XIX, que atribuía o pensamento mítico e religioso, e por extensão o pensamento mágico, ao campo do primitivismo arcaico a ser substituído, então, pela verdade científica. Ao considerar o sagrado e a religião como construções sociais, empreendeu uma guinada de pensamento, pois a religião e a magia não seriam mais vistas como produtos de uma mente primitiva, compreendida pelo atraso biológico da raça, mas, sim, como elementos do processo de classificação e de elaboração das representações sociais.⁴¹

Ou seja, o modo como Durkheim observa o fenômeno religioso segue a mesma lógica com a qual ele percebe a sociedade, a saber, como um todo orgânico, constituído por partes que exercem funções específicas e que se relacionam de forma solidária. Em síntese, pressupõe-se a ideia de que a religião é imbuída de representar a coesão social, de modo que as transformações ao longo do tempo se fazem necessárias. O que não significa que ela deixará de existir.⁴² Segundo Michel Maffesoli, “rompendo com a tradição da época que considerava os fenômenos religiosos como um tecido de superstições, das quais os homens se libertavam desenvolvendo seus conhecimentos, Durkheim mostra que o fato religioso, ao contrário, é uma das bases essenciais da socialidade”⁴³.

Portanto, a concepção durkheimiana aponta a religião como temática de interesse social, o que torna possível avaliar também o contexto contemporâneo, uma vez que a religião, as crenças, os rituais e os símbolos permanecem presentes nos dias atuais nas mais diversas esferas – política, jurídica, religiosa, etc. Destarte, toma-se como elemento norteador a ideia de que a religião é um fenômeno duplamente social que possibilita a compreensão da vida coletiva. Na sequência, será apresentada a noção de Direito que será articulada ao longo da pesquisa.

1.1.2 Direito

A definição de *Direito* também não é uma tarefa simples. São inúmeras as teorias descritas na literatura jurídica que buscam conceituar o termo e, dentre tantos caminhos

⁴⁰ GUERRIERO, 2012, p. 13.

⁴¹ GUERRIERO, 2012, p. 13.

⁴² DURKHEIM, 2000, p. 477.

⁴³ MAFFESOLI, Michel. Apresentação. In: DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 1-2.

possíveis, a pesquisa recorrerá às contribuições inerentes ao arcabouço positivista hartiano. Isto é, a partir da teoria desenvolvida pelo filósofo Herbert Lionel Adolphus Hart, na sua obra *O conceito de direito*, publicada em 1961, com um *post mortem* lançado em 1994.⁴⁴ Nesta obra, no intuito de responder à pergunta: *O que é Direito?* Hart selecionou três questões que as considera recorrentes, a saber: “como difere o Direito de ordens baseadas em ameaças e como se relaciona com estas? Como difere a obrigação jurídica da obrigação moral e como está relacionada com esta? O que são regras e em que medida é o Direito uma questão de regras?”⁴⁵.

Hart não se satisfaz com a forma de definição *isto é isto*, porque ela nem sempre se mostra clarificadora. Tal modelo até poderia ser utilizado, segundo o autor, mas a noção de regras parece ser tão incerta quanto o conceito de Direito. Nesse sentido, para Hart, somente uma definição conceitual do termo seria possível, mesmo assim, não se teria uma definição plausível e satisfatória. No entanto, Hart acredita na possibilidade de se isolar e qualificar um conjunto de elementos que podem significar uma parte comum da resposta a todas as três questões levantadas por ele.⁴⁶

Hart rejeita a ideia de Direito, enquanto comando último de um soberano, que compreende a regra jurídica como um instrumento para a persecução de determinados fins,⁴⁷ como será abordado mais adiante. Nisto consiste a sua crítica em relação à teoria de John Austin. Para este último, o Direito é um conjunto de ordens firmadas em ameaças empregadas pelo soberano no desempenho do seu poder – soberano e legislativo – ilimitado. Porém, para Hart, Austin não teria demonstrado a ideia de regra de modo conciso. A ideia de regra, para Hart, seria essencial para revelar qual é a estrutura e como ocorre o funcionamento do Direito, o qual precisa ser compreendido como um conjunto de regras sociais que constituem o ordenamento jurídico.⁴⁸

Em síntese, Hart entende o Direito como uma práxis social pautada nos costumes e nas crenças comuns e que deve ser articulado à luz desta hipótese. Isso permitirá, segundo ele, que todos os indivíduos participem do Direito, já que todas elas são praticantes desses costumes e dessas crenças. Ou seja, para ele, “o Direito é constituído por uma *família de*

⁴⁴ HART, Herbert. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 5.

⁴⁵ HART, 2009, p. 18.

⁴⁶ HART, 2009, p. 21.

⁴⁷ HART, 2009, p. 93-94.

⁴⁸ HART, 2009, p. 21.

regras de comportamento”⁴⁹ [grifo nosso]. Mas, a sua explicação não encerra aí, antes, ele subdivide as regras em duas categorias analíticas: as *primárias* e as *secundárias*.

As regras primárias são as que impõem diversos deveres e sempre exigem que as pessoas de uma determinada sociedade façam ou deixem de fazer alguma coisa. Elas existem sem a necessidade de leis e/ou normas formais, por isso, existem desde as sociedades antigas e, com efeito, são frágeis em muitos aspectos.⁵⁰ As regras secundárias, consoante ao que explica o autor, são aquelas que atribuem poderes – público ou privado – e foram forjadas para a solução das fragilidades das regras primárias. Contudo, inexistindo as regras primárias, não haveria as secundárias, defende Hart.⁵¹

Na análise de Hart, um sistema composto unicamente de regras primárias, torna-se, simultaneamente, um sistema com algumas fragilidades. A primeira delas seria a *incerteza*, pois as normas do tipo primário não demonstram características capazes de defini-las e de identificá-las, sendo dotadas apenas de padrões isolados, causando insegurança especialmente quando se necessita distinguir qual regra é verdadeiramente dotada de autoridade para ser aplicada.⁵² A segunda seria o caráter *estático*, porque a criação ou alteração de uma regra dependeria de um lento processo de formação de hábitos até que se transfigure em regra social.⁵³ Por último, “a *ineficácia* da pressão social difusa pela qual se mantém as regras”⁵⁴, ou seja, um modo sem legitimidade que impossibilita identificar quando uma norma é ou não acatada pelo sistema.

Hart explica que a relação das regras secundárias ocorre da seguinte forma: pela regra de *reconhecimento*, isto é, que atribui validade jurídica e que define as competências, acabando com a incerteza que emana das regras primárias – a Constituição Federal é um exemplo; pela regra de *alteração/modificação*, ou seja, que indica pessoas ou órgãos para acrescentar, modificar ou extinguir as regras vigentes naquela sociedade, acabando com a fraqueza estática das regras primárias – por exemplo, o poder legislativo contemporâneo; e pela regra de *adjudicação/julgamento* que identifica as pessoas eficientes, bem como os procedimentos imprescindíveis para a definição da violação das regras primárias – no Brasil, por exemplo, o poder judiciário.⁵⁵

⁴⁹ HART, 2009, p. 89.

⁵⁰ HART, 2009, p. 91.

⁵¹ HART, 2009, p. 91.

⁵² HART, 2009, p. 101-102.

⁵³ HART, 2009, p. 102-103.

⁵⁴ HART, 2009, p. 102-103.

⁵⁵ HART, 2009, p. 106-107.

No pensamento hartiano, a regra de reconhecimento possui uma função determinante, sobretudo, na justificação de seus argumentos sobre o sistema jurídico. Para o autor:

Onde quer que tal regra de reconhecimento seja aceite, tanto os cidadãos particulares como as autoridades dispõem de critérios dotados de autoridade para identificar as regras primárias de obrigação. Os critérios deste modo disponíveis podem, como vimos, tomar uma ou mais formas diversas: estas incluem a referência a um texto dotado de autoridade; ao acto legislativo; a prática consuetudinária; às declarações gerais de pessoas determinadas ou a decisões judiciais passadas, proferidas em casos concretos.⁵⁶

Resta, pois, dizer que a regra de reconhecimento, em Hart, define os critérios pelos quais a validade das demais regras de um ordenamento jurídico particular seja determinada, de modo que sejam impostas as obrigações sobre aqueles que desempenham o poder público e oficial, mormente, o poder de julgar.⁵⁷

Ressalta-se, ainda, que as fontes de Direito, nos sistemas jurídicos modernos, são diversas e, por isso, se faz necessário considerar a regra de reconhecimento como a mais complexa, pois os critérios de constatação do Direito são abundantes, onde usualmente inserem uma constituição escrita que passa pelos critérios de aprovação de uma assembleia legislativa e de precedentes judiciais.⁵⁸ Nas palavras de Hart, “[...] na maior parte dos casos, estabelece-se uma solução para conflitos possíveis, através da ordenação destes critérios numa hierarquia de subordinação e primazia relativa”⁵⁹. Mas, a regra do reconhecimento “[...] faculta os critérios através dos quais a validade das outras regras dos sistemas é avaliada, é, num sentido importante que tentaremos clarificar, uma regra última: e onde, como é usual, há vários critérios ordenados segundo a subordinação e a primazia relativa, um deles é supremo”⁶⁰.

Para André Bogossian, “dentre as propostas de Hart, a construção teórica da regra de reconhecimento é, sem dúvida, uma das mais importantes e duradouras, e consiste em uma de suas completas contribuições à teoria do direito [...] e talvez nenhuma outra ideia seja tão associada com o positivismo hartiano”⁶¹.

No tocante à definição de Direito, esses são os aspectos mais evidentes da teoria hartiana. Este pensamento se mostra relevante no contexto dessa pesquisa, sobretudo, pela

⁵⁶ HART, 2009, p. 111.

⁵⁷ HART, 2009, p. 112.

⁵⁸ HART, 2009, p. 112.

⁵⁹ HART, 2009, p. 112.

⁶⁰ HART, 2009, p. 117.

⁶¹ BOGOSSIAN, André M. *Aspectos conceituais e descritivos da regra de reconhecimento do direito brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. p. 12.

fixação da ideia de Direito como um conjunto de regras sociais, a partir da relação entre regras primárias e secundárias.⁶² A seguir, será discutido o conceito de Laicidade, finalizando, assim, a fase preliminar de conceituação dos principais termos-chave que norteiam a pesquisa.

1.1.3 Laicidade

O termo *Laicidade* é definido, nesta pesquisa, à luz das contribuições do sociólogo mexicano Roberto Blancarte Pimentel, que define o termo da seguinte maneira:

A palavra ‘laico’ vem do grego laikós, de povo, que por sua vez é derivado de ‘laos’, povo. Foi então usado originalmente para se referir aos fiéis cristãos, distinguindo-os dos membros do clero, que controlam os sacramentos: diáconos, presbíteros ou padres e prelados ou bispos. Não foi até o século XIX que o termo ‘laico’ começou a denotar aquele espaço que saiu do controle eclesiástico.⁶³

O termo teria sido aplicado pela primeira vez na França, no século XIX, na ocasião em que o conselho geral de Seine votou a favor de um ensino não confessional e distante da instrução religiosa.⁶⁴

Para dar conta das diferenças semânticas em torno do termo Laicidade, Blancarte teria apresentado, segundo Rodrigo Barbosa, uma distinção entre *laicidade* e *laicismo*. Nesta distinção, ele teria examinado o termo laicidade como um substantivo que faz menção ao Estado das coisas em regimes específicos. Já em relação ao termo laicismo – tratado como adjetivo – estaria fazendo referência a uma atitude combativa e de perseguição anticlerical.⁶⁵ Na ótica de Blancarte, a laicidade se configura também como um regime social de convivência, que estaria apoiada na liberdade de consciência, onde as organizações políticas não são mais legitimadas por elementos religiosos, mas pela soberania popular.⁶⁶

Na análise de Emilly Silva e de Luciana Zucco, seria adequado assinalar a laicidade como um evento em desenvolvimento e não como algo imutável, pois, tal como a democracia,

⁶² HART, 2009, p. 89.

⁶³ “La palabra ‘laico’ viene del griego laikós, del pueblo, que se deriva a su vez de ‘laos’, pueblo. Se utilizó entonces originalmente para referirse a los fieles cristianos, distinguiéndolos de los miembros del clero, quienes controlan los sacramentos: diáconos, presbíteros o sacerdotes y prelados u obispos. No fue sino hasta el siglo XIX que el término ‘laico’ comienza a denotar aquel espacio que sale del control eclesiástico” (tradução livre). BLANCARTE, Roberto. Laicidad y laicismo en América Latina. *Estudios Sociológicos*, México. v. 26 n. 76 p. 139-164, 2008a. p. 141.

⁶⁴ RANQUETAT JR, César A. Laicidade, laicismo e secularização: definindo e esclarecendo conceitos. *Revista Sociais e Humanas*, Santa Maria, v. 21, n. 1, p. 67-75, 2008. p. 67-68.

⁶⁵ BARBOSA, Rodrigo P. *Laicidade e Hermenêutica*: compreendendo o Estado Laico no Brasil contemporâneo em busca de uma resposta adequada à Constituição. Belo Horizonte: Dialética, 2020. p. 52.

⁶⁶ BLANCARTE, Roberto. O porquê de um estado laico. In: LOREA, Roberto A. (org.) *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: LAE, 2008b. p. 19.

a laicidade deve ser considerada como um processo não acabado.⁶⁷ Ou seja, assim como não há uma sociedade completamente democrática, também não se alcança, tão facilmente, um sistema político totalmente laico. E assim, por se tratar de um processo que está em contínua evolução, provoca-se uma pluralidade de formas de envolvimento do Estado com a religião.⁶⁸

Blancarte relata que:

Há um momento na história do Ocidente que o poder político deixa de ser legitimado pelo sagrado, e a soberania já não reside em uma pessoa (o monarca). Neste processo, as monarquias deixam de ser absolutas e passam a ser constitucionais. Em outros casos, estabelecem-se as repúblicas, como nos Estados Unidos, na França e no México. De qualquer maneira, os reis passam a ser figuras praticamente decorativas e desaparecem e, em seu lugar, a soberania passa ao povo. Essa é a razão pela qual a democracia representativa e a laicidade estão intrinsicamente ligadas.⁶⁹

Segundo o autor, no momento em que o poder político deixa de ser consagrado pela religião bem como quando a soberania deixa de estar centrada na figura do monarca, instaura-se a democracia representativa, estando ligada intrinsicamente à laicidade. Nesse sentido, a laicidade, segundo a concepção de Blancarte, deve ser definida como uma transição entre as representações de cunho sagrado e outras baseadas no querer popular ou escolhidas democraticamente.⁷⁰ Para Ari Oro, o poder estatal prescindiria da religião como elemento de coesão social. Desse modo, o Estado laico se colocaria como elemento principal em uma sociedade em que a base das decisões seria a vontade popular, e não mais os princípios relativos ao sagrado.⁷¹

Blancarte chega a concluir que a fonte pela qual o Estado laico se legitima, seria, nesses termos, a soberania popular: Ele ainda observa que:

Independentemente do regime legal que alguns países adotam, seu Estado, ou seja, o conjunto de instituições pelas quais se governam, dependem, de certa forma, mais ou menos da legitimidade proveniente das instituições religiosas. Dessa maneira, por suas próprias trajetórias históricas, os países [...] de implantação protestante são bastante laicos, apesar de terem Igrejas nacionais ou oficiais. Já onde as Igrejas Ortodoxas são arraigadas, como Grécia e Rússia, o Estado é menos laico, pois ainda depende, consideravelmente da legitimidade proveniente da instituição variante, na qual geralmente se dão diversos graus de separação e uma relação tensa entre o Estado, que busca uma autonomia de gestão, e a igreja majoritária, que pretende moldar a política pública.⁷²

⁶⁷ SILVA, Emilly J. O. L.; ZUCCO, Luciana P. A laicidade como um problema de gênero no Brasil: debates no Twitter. *Revista Mandrágora*, São Bernardo do Campo, v. 24, n. 2, p. 57-77, 2018. p. 64.

⁶⁸ BLANCARTE, 2008b, p. 20.

⁶⁹ BLANCARTE, 2008b, p. 20.

⁷⁰ BLANCARTE, 2008b, p. 20.

⁷¹ ORO, Ari P. A laicidade no Brasil e no Ocidente: algumas considerações. *Revista Civitas*, Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 221-237, 2011. p. 222.

⁷² BLANCARTE, 2008b, p. 21.

Desse modo, o sociólogo mexicano acredita que a “laicidade sustenta-se em três pilares: 1) no respeito à liberdade de consciência; 2) na autonomia do político em relação ao religioso; 3) na garantia à igualdade e na não discriminação”⁷³. Por isso, ele considera que, na contemporaneidade, as sociedades ocidentais, em grande medida, identificam a laicidade não somente pelo viés político-normativo, mas, também, como um meio de garantir as liberdades e os direitos civis.⁷⁴ Destarte, Blancarte compreende que o Estado laico e a consequente laicidade estatal representam um dos princípios políticos garantidores das liberdades religiosas, lembrando que a liberdade de crenças, culto e a tolerância religiosa foram instituídas como regra pelo Estado ao estabelecer tal princípio, e não em objeção a ele.⁷⁵

Esse pensamento remete ao artigo 14, da Declaração Universal da Laicidade, publicada em 2005, quando se comemorou o centenário da separação entre Estado e igreja na França. O artigo afirma que aquilo que se mostra receoso em certas sociedades é o fato de que a laicidade possa não exatamente abolir a religião, mas, a liberdade de escolha em matéria de religião. O artigo ressalta, também, que isso exige, nos dias de hoje, a retirada de qualquer aspecto religioso daquilo que carrega determinações políticas dentro da sociedade.⁷⁶

Este argumento reforça que não se deve compreender o Estado laico como uma instituição antirreligiosa ou anticlerical, mesmo que isso tenha acontecido nos diferentes momentos de sua construção. Nesses termos, o Estado laico, figura como a primeira organização política que teria garantido as liberdades religiosas, como a liberdade de crenças e as liberdades de culto.⁷⁷ Mas, o reconhecimento dessa concepção demanda o amadurecimento tanto democrático quanto cultural, o que constitui um processo de formação histórica.⁷⁸

A respeito do modelo ontológico de laicidade idealizado por Blancarte, Rodrigo Barbosa alega que:

Cada Estado desenvolveu uma forma distinta de se relacionar com a religião. Inevitável, pois, cada Estado possui sua própria história, suas próprias tradições, e o seu próprio povo, [...] com suas diversas tradições religiosas. Mesmo Estados

⁷³ BLANCARTE, 2008b, p. 29.

⁷⁴ BLANCARTE, 2008b, p. 29.

⁷⁵ BLANCARTE, 2008b, p. 29.

⁷⁶ BAUBÉROT, Jean; MILOT, Micheline; BLANCARTE, Roberto. *Declaração universal da laicidade no século XXI*. São Paulo: APTD, 2005. [online]. p. 3.

⁷⁷ BLANCARTE, 2008b, p. 31.

⁷⁸ ZYLBERSZTAJN, Joana. *O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 38.

teocráticos irão possuir, entre suas minorias, membros de outras religiões, além de, nos grupos majoritários, diferentes denominações.⁷⁹

Isso demonstra que não necessariamente a laicidade deva ser classificada, integralmente, como sendo a ruptura entre o Estado e a igreja.⁸⁰ Vários Estados ainda não são declaradamente laicos. No entanto, eles determinam políticas públicas diversas à normativa doutrinária das igrejas e conseguem se legitimar a partir da soberania popular.⁸¹ Isto significa que, a separação formal constitui apenas um elemento inerente à concretização desse processo, mas, não seria adequado considerá-lo o único e/ou tampouco absolutizá-lo. Há países que abraçaram a ideia de separação formal, todavia, em certas circunstâncias ainda estão condicionados ao apoio político de determinada religião. O que revela que, nesses casos, a laicidade não se efetiva em sua totalidade e/ou no grau que se espera.⁸²

Em contrapartida, existem países – Inglaterra e Noruega, por exemplo – que possuem igrejas nacionais como a luterana. Contudo, não estabeleceram vínculos entre a estrutura político-administrativa e as conjecturas da religião. O que permite afirmar que são inquestionavelmente laicos, uma vez que “suas formas de legitimação política são essencialmente democráticas e adotam políticas públicas alheias à moral da própria igreja oficial”⁸³. Em síntese, Blancarte alega que quando a laicidade é identificada como processo de transição entre representações sagradas e princípios democráticos comuns ou firmados no querer popular, pode-se perceber que ela não significa estritamente a separação entre Estado e igreja.⁸⁴

Por fim, entende-se que a laicidade – especialmente em uma sociedade que é pluralista, como a do Brasil – deve ser considerada um direito impostergável, capaz de – em tese – proporcionar a todas as pessoas o respeito de igual proporcionalidade. Desse modo, o conceito apoia-se nas ideias apresentadas, que habilitam a observância dos limites existentes dentro da ordem pública democrática e o respeito aos princípios constitucionais análogos, para que o Estado consiga garantir aos cidadãos e cidadãs o livre desenvolvimento de suas particularidades.⁸⁵ A próxima seção pretende apresentar a laicidade e a liberdade religiosa, e suas repercussões nas constituições brasileiras.

⁷⁹ BARBOSA, 2020, p. 39.

⁸⁰ BLANCARTE, 2008b, p. 29.

⁸¹ BLANCARTE, 2008b, p. 20.

⁸² BLANCARTE, 2008b, p. 20.

⁸³ BLANCARTE, 2008b, p. 20.

⁸⁴ BLANCARTE, 2008b, p. 30.

⁸⁵ BLANCARTE, 2008b, p. 29.

1.2 Estado laico brasileiro

Em tese, o Brasil é considerado um Estado laico a datar de 1890.⁸⁶ A atual Constituição da República, em seu Art. 5º, inciso VI, afirma ser “inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma de lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”⁸⁷. Mesmo assim, os desdobramentos da laicidade e da liberdade religiosa no âmbito das constituições brasileiras, antes e depois de 1890, merecem ser brevemente observados no intuito de apontar para a complexidade em torno deste assunto no território brasileiro.

No período conhecido como Brasil Império – 1822-1889 –,⁸⁸ outorga-se a Constituição Imperial de 1824 que instituía a religião católica apostólica romana como a religião oficial do país, permitindo aos fieis de outras religiões a realização de cultos domésticos e/ou particular, desde que fossem realizados em espaços destinados para isso, vedados de conceberem forma exterior de templo.⁸⁹ Ou seja, nesse período, apenas o culto católico romano era reconhecidamente livre e as demais religiões deveriam se contentar com a autorização para realização de cultos privados. O que configura, em certo sentido, uma liberdade de crença e de culto limitada.⁹⁰

Além disso, através da Constituição de 1824, o imperador teria ordenado funções de *patronato* – nomeação de bispos e benefícios eclesiásticos – bem como *exequatur* – conferir exequibilidade a Decretos de Concílios ou regras eclesiásticas que não se opusessem à ordem constitucional.⁹¹ Segundo José Afonso da Silva, o *poder moderador*, instituído pela Constituição, conferia ao imperador um instrumento que afiançava sua preponderância sobre os demais poderes. Por isso, ele não apenas reinava, mas, também, governava e administrava resguardado pelo Senado e pelo Conselho de Estado. Desta forma, ele tinha a função de reagir contra os movimentos liberais e contava com auxílio do Conselho de Estado na interpretação da Constituição, o que teria impactado, sobretudo, a ingerência religiosa.⁹²

⁸⁶ BRASIL. Casa Civil. *Decreto n° 119-A, de 7 de janeiro de 1890*. [Prohíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade dos cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências]. Rio de Janeiro: Governo Provisório da República. [online]. [n.p.].

⁸⁷ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Presidência da República. [online]. [n.p.].

⁸⁸ SILVA, 2014, p. 74.

⁸⁹ BRASIL. [Constituição (1824)]. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Rio de Janeiro: Império do Brasil. [online]. [n.p.]. Consulte também: ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 20.

⁹⁰ SILVA, 2014, p. 74.

⁹¹ DINIZ, Gustavo S. Organizações religiosas no Brasil. In: PONZILACQUA, Marcio H. P. (org.). *Direito e religião: abordagens específicas*. Ribeirão Preto: FDRP, 2016. p. 35-49.

⁹² SILVA, 2014, p. 78.

Como já dito, o processo de afastamento entre o Estado e a igreja, no Brasil, teria iniciado a contar da publicação do Decreto 119-A, em janeiro de 1890. Em seu Art. 1º, o decreto estaria proibindo a autoridade federal e os Estados da federação de expedirem leis, regulamentos ou atos administrativos que estabelecessem, por motivos de crenças e opiniões filosóficas ou religiosas, prioridade ou proibição oficial no acesso aos serviços públicos ou ao orçamento, criando diferenças entre os habitantes do país.⁹³

Ainda no referido decreto, o Art. 2º apregoava a liberdade de culto, já os artigos 3º e 5º prescreviam a respeito da liberdade de organização religiosa, vedando a interferência do poder público.⁹⁴ Ou seja, o Brasil estaria deixando de filiar-se a uma religião específica, tendo sido proibido ao Estado estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos.⁹⁵ Para Gustavo Diniz, além do Decreto 119-A, a instituição da Constituição da República de 1891 representa um marco no que diz respeito à laicidade do Estado, pois, gradativamente, instaurou-se “o período de: a) Estado laico e confessional; b) consolidação gradativa da liberdade religiosa e da tolerância individual e como política de Estado”⁹⁶.

Conforme explica Joana Zylbersztajn, a Carta Constitucional de 1891 delineou as diretrizes de afastamento entre Estado e igreja, que nortearam o processo de evolução constitucional em conjunto com os aspectos da liberdade religiosa. Essa Constituição previu, de maneira única, a total exclusão religiosa sobre as questões públicas. Ou seja, antes havia um protagonismo da Igreja Católica Apostólica Romana (ICAR), reconhecendo, assim, as demais confissões existentes. De maneira ímpar, a Constituição de ordem republicana não menciona deus, em seu preâmbulo.⁹⁷

E é por isso que se reconhece que, em 1890, o Brasil havia se tornado um país laico, pois, em tese, o Estado teria deixado de adotar uma religião oficial bem como teria estabelecido a tolerância à diversidade religiosa.⁹⁸ Nesse sentido, “desde o advento da República [...] existe separação entre Estado e igreja, sendo o Brasil um país leigo, laico ou não confessional”⁹⁹.

O texto constitucional de 1988, em seu Art. 19, inciso I, reafirmou o Brasil como Estado Laico e em matéria confessional, neutro, como também não reconheceu nenhuma religião como oficial. O texto constitucional veda qualquer ente público – União, Estados,

⁹³ ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 111.

⁹⁴ ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 111.

⁹⁵ ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 111.

⁹⁶ DINIZ, 2016, p. 38.

⁹⁷ ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 20.

⁹⁸ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 108.

⁹⁹ LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 983.

Distrito Federal e Municípios – da ação de estabelecer cultos religiosos ou igrejas, dando-lhes subvenções, ou constringer suas atividades, ou manter com as igrejas ou seus representantes alianças e relações de mútua dependência, salvo colaborações de relevância pública.¹⁰⁰

Contudo, a Constituição Federal de 1988 – embora determine que o Estado seja laico – possibilita a cooperação entre religião e Estado para o desenvolvimento de obras sociais, bem como menciona Deus no preâmbulo.¹⁰¹ O que ocasiona até hoje, segundo Andreza Conte, certa divergência de opiniões.¹⁰² Nota-se que os representantes do povo, em convenção na Assembléia Nacional Constituinte, são inseridos como destinados a assegurar a instituição de um Estado democrático. Isso ocorreria através do livre exercício dos direitos, sejam eles de caráter social ou individual, provendo e destacando o bem-estar de todos aliados à segurança, à justiça, à igualdade e ao desenvolvimento, como valores supremos da sociedade. Além disso, deveria ser fraternal, pluralista, sem discriminações e comprometida com a ordem interna e internacional, resolvendo de forma harmônica os conflitos que venham a surgir.¹⁰³

À vista disso, considera-se importante refletir sobre alguns aspectos concernentes à relação vivenciada entre Estado e igreja no âmbito das Constituições e Decreto acima apontados. Segundo José Afonso da Silva, os modelos de relação entre Estado e igreja constituem “três sistemas [...]: a confusão, a união e a separação, cada qual com gradações”¹⁰⁴. Em relação aos dois primeiros, ele afirma que:

Na confusão, o Estado se confunde com determinada religião; é o Estado teocrático, como o Vaticano e os Estados islâmicos. Na hipótese da união, verificam-se relações jurídicas entre o Estado e determinada Igreja no concernente à sua organização e funcionamento, como, por exemplo, a participação daquele na designação dos ministros religiosos e sua remuneração. Foi o sistema do Brasil Império.¹⁰⁵

Isto é, pelo sistema da *união*, existem relações jurídicas entre o Estado e determinada igreja, sobretudo no que diz respeito à sua organização e ao seu funcionamento. De acordo com o autor, esse teria sido o sistema adotado durante o Brasil Império, como aludido acima.¹⁰⁶ Esse cenário teria perdurado até a publicação do Decreto nº 119-A/1890,¹⁰⁷ culminando no terceiro sistema apresentado pelo autor: *separação*. Este último sistema

¹⁰⁰ BRASIL, 1988, [n.p.].

¹⁰¹ BRASIL, 1988, [n.p.].

¹⁰² CONTE, Andreza. *Umbanda: apontamentos sobre a interferência da religião no estado e o estudo da lei*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016. p. 16.

¹⁰³ BRASIL, 1988, [n.p.].

¹⁰⁴ SILVA, 2014, p. 252.

¹⁰⁵ SILVA, 2014, p. 252-253.

¹⁰⁶ SILVA, 2014, p. 252.

¹⁰⁷ SILVA, 2014, p. 253.

consiste em relações indiferentes em relação às religiões, pois não favorece e nem contraria nenhuma delas. Reforçando os argumentos anteriores, “a Constituição de 1891 consolidou essa separação e os princípios básicos da liberdade religiosa – Art. 11, § 2º; 72, §§ 3º a 7º; 28 e 29. Dessa forma, o Estado brasileiro se estabeleceu laico, reconhecendo e respeitando todas as vocações religiosas”¹⁰⁸.

É o que alega Celso Bastos, quando afirma que:

O Estado Brasileiro tornou-se desde então laico, ou não confessional. Isto significa que ele se mantém indiferente às diversas igrejas que podem livremente constituir-se, para o que o direito presta a sua ajuda pelo conferimento do recurso à personalidade jurídica.¹⁰⁹

No processo de evolução da Constituição Federal no Brasil, José Afonso da Silva percebe a consolidação da *liberdade religiosa* como regra de garantia com três formas de expressão: as liberdades de consciência, de crença e de culto.¹¹⁰ É o que se afirma no Art. 5º, Inciso VI, da Constituição de 1988 quando certifica ser inviolável a liberdade de consciência e de crença, em que o livre exercício de cultos religiosos e seus ambientes, devem ser protegidos e garantidos na forma da lei.¹¹¹ Por certo, o Brasil passou a ser um país pluralista no que se refere aos assuntos religiosos. Ricardo Mariano aponta para os evangélicos pentecostais que, segundo ele, implantaram de forma definitiva o pluralismo religioso e o mercado concorrencial entre as religiões no Brasil, rompendo, assim, com o monolitismo católico, passando a cobrar do Estado, por meio do princípio da laicidade, a equidade de tratamento entre as religiões no território brasileiro.¹¹²

A instauração do Estado laico estende a possibilidade de que diversas sociedades se desenvolvam sob um mantra de liberdades e de convivência pacífica. De acordo com Roberto Blancarte:

As liberdades do Estado laico construíram-se ao longo de vários séculos. Cabe notar que as primeiras destas liberdades foram as [...] de religião. Por isso é importante ressaltar que seus responsáveis foram o Estado laico e as instituições laicas. E também, é importante distinguir cidadãos e crentes; um funcionário político, um representante do popular não tem nada que ver, em termos formais, com os crentes; um representante político, um funcionário do governo tem que ver com os cidadãos.¹¹³

¹⁰⁸ SILVA, 2014, p. 253.

¹⁰⁹ BASTOS, Celso R. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 336.

¹¹⁰ SILVA, José A. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 92-93.

¹¹¹ BRASIL, 1988, [n.p.].

¹¹² MARIANO, Ricardo. Laicidade à brasileira: católicos, pentecostais e laicos em disputa na esfera pública. *Revista Civitas*, Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 238-258, 2011. p. 248.

¹¹³ BLANCARTE, 2008b, p. 28.

O autor reforça a necessidade de distinguir cidadãos e crentes. Para ele, uma das maiores preocupações relacionadas à democracia corresponde na possível coincidência entre liderança religiosa e liderança política. Além disso, Blancarte define o interesse público como vontade popular da maioria sem excluir os direitos das minorias e argumenta que, em um Estado laico, os que defendem os direitos das minorias possuem a obrigação de estar sempre advertindo os funcionários públicos e aqueles responsáveis pela legislação, lembrando-os que o papel por eles exercido não se resume a imposição de políticas públicas segundo crenças de ordem pessoal, mas sim o de executar suas funções pautadas no interesse público, deliberados pela vontade popular dos que são maioria, no entanto, repita-se, sem suprimir os direitos das minorias.¹¹⁴ Assim, “a defesa do Estado laico é essencial para a defesa de liberdades civis nas quais estão inseridos os direitos sexuais e reprodutivos”¹¹⁵.

Através da República sucedeu o Estado democrático de direito, onde o governo é regido por representantes legitimamente eleitos para legislar pelo povo, havendo valoroso incremento dos direitos humanos em sua constituição.¹¹⁶ Desse modo, o governo deixou de ser legitimado pela religião, passando a ser legitimado pela soberania do povo.¹¹⁷ Mesmo que os representantes políticos sejam escolhidos pela decisão predominante da sociedade, no regime democrático, há a pretensão de salvaguardar os direitos humanos bem como as garantias fundamentais do povo. Assim, os direitos da minoria devem ser resguardados, não permitindo a discriminação.¹¹⁸

Isso significa que quando o Estado segue os preceitos da ordem democrática, o governo não atuará de forma a subvencionar apenas as necessidades da maioria, mas deverá observar, também, os direitos e as garantias que resguardam as minorias, no intuito de preservar a continuidade da democracia no decorrer do tempo.¹¹⁹ Da mesma forma, ao resguardar apenas os interesses da minoria, o Estado estará limitando a maioria, não sendo isto compatível com um regime democrático.¹²⁰

Nesse sentido, a laicidade, por si só, não caracteriza a ruptura entre Estado e igreja bem como “o critério da separação entre os assuntos do Estado e os da igreja, [não pode ser]

¹¹⁴ BLANCARTE, 2008b, p. 27.

¹¹⁵ BLANCARTE, 2008b, p. 27.

¹¹⁶ PINHEIRO, Rodrigo C. R. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 174-175.

¹¹⁷ BLANCARTE, 2008b, p. 20.

¹¹⁸ BLANCARTE, 2008b, p. 20.

¹¹⁹ SARMENTO, Daniel. Os crucifixos nos tribunais e a laicidade do Estado. In: MAZZUOLI, Valério O.; SORIANO, Aldir G. (orgs). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 197-198.

¹²⁰ SARMENTO, 2009, p. 198.

confundido com o de laicidade, porque na prática os Estados laicos têm adotado medidas de separação”¹²¹. A separação ocorre, muitas vezes, quando os Estados adotam medidas de separação ao lado de outras. Por exemplo, no Brasil, onde dentro de um processo de derrubada de um regime – imperial – e adoção de outro – republicano – se laicizou.¹²² Ao legitimar uma religião oficial, respaldava – pelo menos juridicamente – uma liberdade religiosa. Afinal, “a reivindicação da laicidade do Estado não interessa apenas às correntes laicistas, mas, também, às confissões religiosas minoritárias que encontram, no Estado leigo, as garantias para o exercício da liberdade religiosa”¹²³.

Logo, quando o Estado se torna laico, deveria atender o interesse público – ou o da maioria –, visto que laicidade, consoante ao que Blancarte descreve, é como um regime social de convivência, que estaria apoiada na liberdade de consciência, onde as organizações políticas já não mais se legitimam por elementos religiosos, mas pela soberania popular.¹²⁴ Desse modo, o autor compara a laicidade e a democracia, elucidando que ambas são “mais um processo do que uma forma fixa ou acabada em forma definitiva”¹²⁵, pois, do mesmo modo que não é possível afirmar sobre a existência de uma sociedade que seja completamente democrática, tampouco, poderia se declarar a respeito da existência de um sistema político que se demonstre absolutamente laico.¹²⁶

Isso não significa que o Brasil seja um país antirreligioso, ou seja, o fato de a laicidade ter sido instituída não representa um laicismo por parte do Estado, pois há significativa diferença entre um e outro, conforme explica Blancarte: “a laicidade se refere ao Estado das coisas em um regime específico, enquanto o laicismo, se refere a uma atitude combativa e de perseguição anticlerical”¹²⁷. Seja como for, na laicidade ou no laicismo o Estado é não confessional, todavia, na laicidade, ele estaria assumindo a neutralidade no que concerne aos assuntos religiosos, respeitando-os, enquanto no laicismo estaria avocando a tolerância ou a intolerância religiosa, como foi apontado na seção precedente.¹²⁸

Nesse sentido, a neutralidade ou a imparcialidade valorativa inerente ao Estado laico não é a ausência de valores nem tampouco a hostilidade ou a indiferença ao fenômeno

¹²¹ BLANCARTE, 2008b, p. 30.

¹²² CARVALHO, José M. *A formação das almas: o imaginário da República do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990. p. 42.

¹²³ BOBBIO, Norberto; METTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5. ed. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004. p. 670.

¹²⁴ BLANCARTE, 2008b, p. 19.

¹²⁵ BLANCARTE, 2008b, p. 20.

¹²⁶ BLANCARTE, 2008b, p. 20.

¹²⁷ BLANCARTE, 2008b, p. 140.

¹²⁸ BOBBIO, 2004, p. 670.

religioso. Mas, sim, a gestão da tolerância igualitária frente à sociedade multifacetária. Em outras palavras, laicidade do Estado não significa inimizade com a fé bem como não implica em anticlericalismo ou ateísmo.¹²⁹

Pode-se, pois, dizer que o Brasil é um Estado laico, mas não laicista. A atual Constituição traz algumas previsões de adoção, aceitação e de incentivo à prática religiosa. No entanto, algumas questões merecem uma análise mais acurada. Por exemplo, como mencionado anteriormente, em seu preâmbulo, a Carta Magna descreve que “promulgamos, sob a proteção de Deus”¹³⁰. Outros exemplos são o reconhecimento do efeito civil dos casamentos religiosos, a isenção dos eclesiásticos da prestação obrigatória de serviço militar e a garantia do direito à assistência religiosa nas instituições civis e militares de convívio coletivo.¹³¹

Mesmo que a ICAR não seja mais a religião oficial do Estado brasileiro, sua hegemonia estaria sendo mantida sobre todos os aspectos da sociedade brasileira. Ou seja, ela não teria perdido o seu *status* enquanto um poder religioso, pronunciando-se com autoridade em questões de seu interesse no cenário brasileiro, especialmente nos assuntos das esferas política, econômica e ética. Seus prelados e representantes, em diversas instâncias da vida eclesial, têm presença livre em atos cívicos, da mesma forma que atestam a presença de governantes e de outras autoridades políticas em atos religiosos realizados por ela, que, muitas vezes, têm repercussão nacional. Apesar da pluralidade de religiões garantida pela Constituição vigente, o catolicismo romano segue, então, sendo a religião civil brasileira, mormente em sua expressão mais popular. Outro exemplo seria o fato de que o calendário religioso católico romano continua inserido na vida civil, por força de legislação do Estado, obrigando não católicos a observarem seus feriados e festas, ainda que não sigam tal religião.¹³²

Não apenas essas questões são contraditórias no cenário brasileiro, mas, pode-se falar também na polêmica em torno da inscrição *Deus seja louvado* em cédulas de Real bem como a respeito da existência de símbolos religiosos em espaços públicos.¹³³ A despeito de que o

¹²⁹ MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo Gustavo G. B. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 408-409.

¹³⁰ BRASIL, 1988, [n.p.].

¹³¹ MARMELSTEIN, 2013, p. 109.

¹³² MENDONÇA, Antonio G. República e pluralidade religiosa no Brasil. *Revista USP*, São Paulo, n. 59, p. 144-163, 2003. p. 152.

¹³³ MARMELSTEIN, 2013, p. 109.

Brasil seja o maior país católico do mundo,¹³⁴ não serve como justificativa para tais contradições, as mesmas são capazes de suscitar grandes polêmicas e calorosos debates.

Segundo Blancarte, mesmo em um Estado laico, a moral pública não deve ser completamente secular pelo fato das religiões constituírem parte basilar na formação da cultura das diversas sociedades. Ele entende que os legisladores e os funcionários públicos, mesmo no âmbito de suas funções, estariam propícios a externarem opiniões pelas lentes de suas respectivas religiões. Por isso, para ele, dois aspectos haveriam de ser observados para que a definição dessa moral pública fosse modificada, considerando a consolidação de uma sociedade secularizada e um Estado laico. Primeiro, a moral não poderia ser definida em razão da interpretação da doutrina seguida por alguém em posição hierárquica superior, dando maior valor à liberdade de consciência. Depois, os legisladores e os funcionários públicos, por não estarem em seus cargos a título pessoal, não deveriam e nem poderiam tentar impor a visão de suas religiões à população. Eles deveriam primar pela responsabilidade de suas funções, observando, principalmente, o interesse público ainda que seja diferente de suas crenças pessoais e sem que isso os prive do direito a ter suas próprias convicções.¹³⁵

A despeito disso, segundo o autor, os grupos religiosos podem expor a sua opinião, mas, não deveriam esquecer que não possuem o poder de influenciar o Estado decididamente no momento da elaboração de leis ou da formação de estruturas públicas. Mas, que tal possibilidade está nas mãos do povo, isto é, da maioria. Nesses termos, os dirigentes políticos, os representantes populares e os funcionários do governo deveriam lembrar que sua autoridade política origina-se do povo e que as autoridades eclesiásticas e religiosas podem opinar ou fazer o que consideram adequado, desde que não acabem moldando as políticas públicas ou contrariando a vontade popular.¹³⁶

Nesse ínterim, as leis, em geral, mesmo aquelas com implicações éticas ou morais são desenvolvidas com a atuação de todos/as os/as cidadãos/ãs, quer sejam seguidores/as ou não de uma religião. E o Estado laico não admitiria imposições de quaisquer entidades religiosas, no sentido de permitir pressão para que uma lei seja sancionada ou desaprovada, nem que qualquer política pública seja modificada em razão de preceitos religiosos de determinado grupo. Ao mesmo tempo, o Estado laico não desconsidera o direito que religiosos possuem de

¹³⁴ RANQUETAT JR, César A. *Laicidade à brasileira*: Um estudo sobre a controvérsia em torno da presença de símbolos religiosos em espaços públicos. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 178.

¹³⁵ BLANCARTE, 2008b, p. 27

¹³⁶ BLANCARTE, 2008b, p. 46.

intervir no debate político, colocando sua posição sobre o que consideram mais favorável para a sociedade.¹³⁷

Nesse sentido, mesmo que a atual Constituição busque normatizar e/ou tente instituir um Estado laico, não se atingirá, de fato, uma separação total entre Estado e religião da maneira como ambas estão constituídas. Diogo Bacha alega que isso se daria pelo fato de não se poder separar o “ser-no-mundo” de um agente público de sua própria religiosidade ou mesmo da cooptação religiosa da esfera política. A questão principal que se coloca nesta relação é como o Estado democrático de direito deverá lidar de modo equilibrado com a participação dessas comunidades e instituições religiosas na esfera pública.¹³⁸

A questão principal que se coloca nesta relação é como o Estado democrático de direito deverá lidar de modo equilibrado com a participação dessas comunidades e instituições religiosas na esfera pública

Para Daniel Sarmiento, quando o Estado passa a assegurar a laicidade, não significa que este esteja associando-se ao ateísmo ou queira tornar-se resistente à religiosidade, afinal, o desprezo e recusa a possibilidade de que Deus exista é, de igual modo, um tipo de convicção religiosa, não havendo que se admitir privilégios em detrimento de outra cosmovisão. Diversamente, o princípio da laicidade determina a neutralidade ao Estado em relação às tantas convicções religiosas existentes, ao passo que, ao Estado é indevido demonstrar posicionamentos relativos a matérias de fé.¹³⁹

Entende-se, pois, que a laicidade do Estado quando percebida com todas as características que a constitui, pode ser, na verdade, considerada como instrumento indispensável para assegurar o direito à liberdade religiosa. Dessa forma, os/as cidadãos/ãs conseguem professar sua fé de forma livre e as instituições religiosas estão aptas a delinear seus próprios regulamentos, contanto que observem os direitos fundamentais.¹⁴⁰ Destarte, “o Estado laico é a primeira organização política que garantiu as liberdades religiosas. É preciso lembrar que a liberdade de crenças, a liberdade de culto e a tolerância religiosa foram aceitas graças ao Estado laico, e não como oposição a ele”¹⁴¹.

Segundo Jürgen Habermas, cidadãos religiosos e seculares precisam ser capazes de argumentar, cada um a partir de sua respectiva visão, qual seria a relação entre fé e saber, de

¹³⁷ FISCHMANN, Roseli. Conceituação: o que é estado laico? In: OBSERVATÓRIO DA LAICIDADE DO ESTADO [Site institucional]. [s.d.]. [online]. [n.p.].

¹³⁸ SILVA, Diogo B. Laicidade e Estado Democrático de Direito: sobre a relação entre o direito, religião e agir prático. *Revista RFD*, Rio de Janeiro, n. 31, p. 69-85, 2017. p. 79.

¹³⁹ SARMENTO, 2009, p. 191.

¹⁴⁰ ZYLBERSZTAJN, 2012, p. 52.

¹⁴¹ BLANCARTE, 2008b, p. 29.

maneira que tal interpretação inicial lhes dê a chance de tomar uma atitude esclarecida na esfera pública e autorreflexiva perante suas colocações.¹⁴² Ou seja, ao Estado cabe, por consequência, uma posição de neutralidade com relação às visões de mundo nesse debate, sem para isso abrir mão de sua autonomia decisória, podendo estar apto a dialogar com ambas as partes do conflito de maneira equilibrada e reconhecida.¹⁴³

Veremos, no decorrer da pesquisa, se a atual legislatura busca ser uma via de equilíbrio, de modo a satisfazer os interesses públicos, religiosos e não religiosos, ou, ao invés disso, se fomenta a divisão entre estes. Para tanto, será verificado como se apresenta o sistema judiciário brasileiro e o comportamento daqueles/as que integram os cargos dessa instância. Com estas informações será possível elucidar em que medida a religião ainda exerce influência no Poder judiciário brasileiro. Apesar de se considerar o Brasil como um Estado laico, tal análise se mostra relevante para a compreensão da atual participação da religião nas questões públicas do país, mostrando claramente que, na verdade, o que existe são várias possibilidades de relação entre Estado e religião que podem ser alteradas constantemente. Tudo isso dependerá da situação vivida pelo país, das necessidades e dos interesses envolvidos, evidenciando as várias faces do que é ser laico no contexto nacional.

1.3 O direito à liberdade

A liberdade constitui um dos pilares do constitucionalismo clássico e representa, no contexto das sociedades modernas, um dos principais atributos do regime democrático.¹⁴⁴ O direito à liberdade está expressamente mencionado na Constituição Federal de 1988,¹⁴⁵ apontando para a capacidade de decisão que a pessoa tem em relação aos seus próprios atos e suas escolhas, isto é, desde que esteja dentro dos limites constitucionalmente assegurados e que tal liberdade não represente uma vedação legal.¹⁴⁶

Thiago Teraoka argumenta que “a liberdade corresponde ao direito, *prima facie*, de fazer o que se quer”¹⁴⁷. No entanto, ainda que nosso ordenamento jurídico possa atuar de modo a garantir a liberdade ampla, essa não é irrestrita. O exercício de tal direito é sempre

¹⁴² HABERMAS, Jürgen. *Fé e saber*. São Paulo: Unesp, 2013. p. 167.

¹⁴³ HABERMAS, 2013, p. 8.

¹⁴⁴ PIMENTA, Marcelo V. A. *Direito Constitucional em Perguntas e Respostas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 162.

¹⁴⁵ BRASIL, 1988, [n.p.].

¹⁴⁶ PIMENTA, 2007, p. 162.

¹⁴⁷ TERAOKA, Thiago M. C. *A liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 62.

restringido e moderado por outros princípios e regras imprescindíveis contidos no sistema jurídico vigente.¹⁴⁸ Nesse sentido, é possível dizer que o direito à liberdade não é absoluto pelo fato do convívio social não permiti-lo. O que certamente comprometeria a paz e a harmonia social. Assim, para que haja o exercício saudável do direito à liberdade, sem ofender o direito de outrem, seria necessário observar o que representa tal preceito, para que a liberdade de um não afete o direito de outro. Ainda que a liberdade seja um direito de todos e de todas, ela deveria ser exercida de modo que não ferisse o bem jurídico alheio e sem perturbar a ordem e a paz social. Com efeito, caberia ao Estado fomentar os meios de limitações à liberdade daqueles e daquelas que, porventura, venham a exceder as suas garantias e, assim, afetar o exercício de direito de outras pessoas.¹⁴⁹

Vale ressaltar que a Constituição de 1988, além do direito à liberdade em sentido lato, também prevê a proteção específica de diversas formas de liberdade, tais como: a liberdade de locomoção, a liberdade de manifestação do pensamento, a liberdade de expressão, a *liberdade de consciência e de crença*, dentre outras.¹⁵⁰

1.3.1 Liberdade religiosa como direito fundamental: aspectos gerais

Há uma íntima relação entre os fundamentos jurídicos do Estado laico e as questões concernentes à liberdade religiosa. Depreende-se que o Estado laico visa garantir a liberdade religiosa e esta, por sua vez, serve de critério avaliador no tocante a efetividade da laicidade. A liberdade religiosa, direito fundamental de 1ª geração,¹⁵¹ encontra-se consagrada no artigo 18 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), de 1948, como também no art. 5º, incisos VI, VII e VIII da Constituição Federal de 1988.¹⁵² A Constituição, trilhando o mesmo caminho das anteriores, não expõe claramente a expressão *liberdade religiosa*, mas, indica os termos *culto, religião e crença*.¹⁵³

Haroldo Reimer considera que “na Constituição, as referências explícitas sobre liberdade religiosa, embora não se utilize esse conceito, estão alocadas no artigo 5º, incisos,

¹⁴⁸ TERAOKA, 2010, p. 62.

¹⁴⁹ PIMENTA, 2007, p. 162.

¹⁵⁰ BRASIL, 1988, [n.p.].

¹⁵¹ Os direitos fundamentais da 1ª dimensão, segundo Lenza, registram a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais, em uma verdadeira perspectiva de absentismo estatal. De modo que, tais direitos dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos político, ou seja, direitos civis e políticos a traduzir o valor liberdade. Saiba mais em: LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 1174.

¹⁵² BRASIL, 1988, [n.p.].

¹⁵³ TERAOKA, 2010, p. 37.

VI a VIII”¹⁵⁴. O primeiro inciso estabelece que a liberdade de consciência e de crença seja inviolável, garantindo o livre exercício de cerimônias religiosas e a proteção a locais de culto e liturgias por força de lei. Já o inciso VII assegura o serviço de assistência religiosa em entidades civis e militares de internação coletiva. Em relação ao inciso VIII, destaca-se que ninguém será privado de exercer direitos por motivo de crença religiosa, convicção filosófica ou política. Nesse sentido, esse inciso não abarca as situações que invocam uma crença para se eximir de obrigação legal coletiva ou recusar a cumprir prestação alternativa disposta em lei.¹⁵⁵

Parte-se, agora, para uma breve análise de cada um dos incisos supracitados, no intuito de auxiliar a compreensão do conceito constitucional de liberdade religiosa. Assim, a liberdade de consciência, apontada no inciso VI, constitui, também, um direito íntimo e pessoal do/a cidadão/ã que somente a ele/a interessa. É, portanto, inviolável e indevassável e não sujeita a qualquer forma de controle por parte do Estado. Isso abrange tanto a liberdade de crença quanto a liberdade de consciência, em sentido estrito.¹⁵⁶

A liberdade de culto configura a manifestação da liberdade de crença, ou seja, a liberdade do/a cidadão/ã de exercer, de maneira livre, a sua religião, participando de cultos, frequentando espaços religiosos, ostentando símbolos religiosos e/ou professando a sua fé. Não se pode deixar de mencionar que assegura os locais de culto, protegendo também suas liturgias.¹⁵⁷

Para Haroldo Reimer, o inciso VI trata sobre a liberdade religiosa, contudo, sem utilizar-se do termo. O autor explica que:

A liberdade de crença é alocada no foro íntimo da pessoa na mesma sede da liberdade matricial de consciência, devendo vigorar a obrigação negativa do Estado em relação a esses âmbitos íntimos da pessoa. A liberdade de culto passa a ser estendida a todas as organizações religiosas, devendo o Estado assumir a obrigação da proteção aos locais de culto e às liturgias das organizações religiosas, as quais têm o direito de auto-organização e autodeterminação na forma da lei civil em consonância com o texto constitucional, sendo eventuais transgressões passíveis de enquadramento na lei penal e indenização na forma da lei civil.¹⁵⁸

Já o inciso VII trata de assegurar a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva. Seria o caso, por exemplo, dos quartéis, dos hospitais, dos presídios, etc. Considera-se que o constituinte originário não teria ignorado o papel da

¹⁵⁴ REIMER, Haroldo. *Liberdade religiosa na história e nas constituições do Brasil*. São Leopoldo: Oikos, 2013. p. 78.

¹⁵⁵ BRASIL, 1988, [n.p.].

¹⁵⁶ PIMENTA, 2007, p.164.

¹⁵⁷ PIMENTA, 2007, p. 165.

¹⁵⁸ REIMER, 2013, p. 104.

religião como possível elemento de ressocialização e de amparo em situações adversas, de modo que, estabeleceu como dever do Estado o fornecimento dos meios para que os/as cidadãos/ãs, em situações aflitivas e/ou afastadas do convívio familiar e social, pudessem ser alcançadas com esse tipo de apoio de forma voluntária.¹⁵⁹ Segundo Celso Bastos e Ives Martins:

O dever do Estado exaure-se com o criar as facilitações, por proporcionar condições. Não se pode, é curial, responsabilizar-se pela própria prestação, uma vez que, dado o caráter laico do Estado brasileiro, não é possível que ele nutra relações de emprego ou de alguma maneira subvencione uma [...] religião para que ela preste a dita assistência.¹⁶⁰

Ainda em relação à liberdade religiosa, no âmbito dos direitos individuais, existe a possibilidade de invocar a liberdade de consciência ou de crença para eximir-se de obrigação legal a todos/as imposta. Isso é tratado no inciso VIII. Por exemplo, no contexto do serviço militar, para aqueles/as que assim reclamarem, deve-se cumprir prestação alternativa fixada em lei, tais como, serviços à comunidade, de modo que, havendo negativa de cumprimento da prestação alternativa, restará como resultado certa privação de direitos.¹⁶¹ Isto é, o direito reconhecido a quem se opõe a prestar o serviço militar ou se apresentar a uma convocação para a guerra, sob a alegação de que tais atividades ferem suas convicções religiosas ou filosóficas. Porém, ainda que o texto fale em “eximir-se de obrigação legal a todos imposta”¹⁶², e não especificamente do serviço militar, verifica-se que essa hipótese é ampla e vaga, por isso, dificilmente se concretizaria em outras situações além das relacionadas aos deveres marciais do cidadão.¹⁶³

Com base nessa análise, é factível diferenciar três direitos específicos que são assegurados pela norma constitucional, dos quais, temos a liberdade de consciência, a liberdade de crença e a liberdade de culto. Distintas, mas correlatas. Assim, não há motivos para que o legislador resguarde a liberdade de culto, sem que, assegure também a liberdade de crença e consciência.¹⁶⁴

Por isso, a liberdade de crença representa uma das modalidades de consciência, referindo-se à liberdade de pensamento em questões de ordem religiosa.¹⁶⁵ Nesse tocante, por

¹⁵⁹ MORAES, 2016, p. 125.

¹⁶⁰ BASTOS, Celso R.; MARTINS, Ives G. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 54.

¹⁶¹ PIMENTA, 2007, p. 165.

¹⁶² PIMENTA, 2007, p. 165.

¹⁶³ BASTOS; MARTINS, 2004, p. 55.

¹⁶⁴ ALVES, F. B.; BREGA Filho, V. Da liberdade religiosa como direito fundamental: limites, proteção e efetividade. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, v. 11, p. 75-94, 2009. p. 79.

¹⁶⁵ PIMENTA, 2007, p. 165.

liberdade de crença compreende-se a liberdade de pensamento alusiva às questões de ordem religiosa. O que significa dizer que existe a possibilidade de o indivíduo professar ou não a uma crença, ou dela apenas se abster.¹⁶⁶

A liberdade de crer e de manifestar-se a respeito de uma convicção religiosa exige não só do Estado, mas também terceiros uma conduta obrigacional, positiva e negativa.¹⁶⁷ Sendo que a obrigação positiva, “consiste no dever do Estado de proteger esse direito individual em face de eventuais violações por parte de particulares e até por autoridades, servidores, empregados ou agentes públicos”¹⁶⁸. Já a obrigação negativa indica que o Estado não pode segregar, ou seja, estabelecer diferenças entre os que creem em relação aos que não creem.¹⁶⁹

Com isso, José Afonso da Silva sustenta que a liberdade de religião está inserida no rol das liberdades espirituais, que também se distingue dentre as três formas de liberdades que designam o conceito de liberdade de crença.¹⁷⁰ Desse modo, o direito individual à liberdade religiosa se configura como um direito tripartite, porque compreende as liberdades crença, de culto e de organização religiosa.¹⁷¹ Além disso, um dos mecanismos instituídos pela Constituição, como meio de assegurar o direito ao livre exercício da liberdade de crença seria a consagração da imunidade tributária às instituições religiosas, consoante os artigos 19, inciso I, e o artigo 150, inciso VI.¹⁷²

A obrigação positiva acima mencionada também está ligada a terceiros e estabelece que estes respeitem todos e quaisquer credos religiosos, suas demonstrações de fé, bem como a liberdade das pessoas de não adotarem uma religião. Isso indica que a liberdade de crença orienta-se no sentido de poder escolher uma religião ou até mesmo migrar de uma para outra.¹⁷³ De acordo com José Afonso da Silva o conceito da liberdade de crença abarca desde a liberdade de se escolher a convicção religiosa, seja ela qual for, bem como a autonomia e/ou direito de mudar de religião ou mesmo a liberdade de não aderir a nenhuma religião e ser ateu, expressando sua descrença ou o livre agnosticismo. Porém, ele não alcança a liberdade

¹⁶⁶ PIMENTA, 2007, p. 165.

¹⁶⁷ SILVEIRA, Daniel B.; FACHINI, E. .A efetividade da liberdade religiosa como um direito fundamental. *Revista Direito em Debate*, Ijuí, v. 1, p. 51-61, 2019. p. 55.

¹⁶⁸ SILVEIRA; FACHINI. 2019, p. 55.

¹⁶⁹ SILVEIRA; FACHINI. 2019, p. 55.

¹⁷⁰ SILVA, 2011, p. 248.

¹⁷¹ SILVA NETO, Manoel J. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2013. p. 28.

¹⁷² SILVA JUNIOR, Nilson N. Liberdade de crença religiosa na Constituição de 1988. *Revista Âmbito Jurídico*, São Paulo, n. 72, [n.p.], 2010. [online]. [n.p.].

¹⁷³ SILVEIRA; FACHINI. 2019, p. 55.

de constranger a livre manifestação de qualquer religião ou crença, pois a liberdade de alguém vai até onde não se lese a liberdade de outros.¹⁷⁴

É o que afirma Pedro Lenza, quando alega que “o direito fundamental da liberdade de crença, da liberdade de culto e suas manifestações e prática de ritos não é absoluto. Um direito fundamental vai até onde começa o outro e, diante de eventual colisão, ponderando interesses, um deverá prevalecer em face do outro, se não for possível harmonizá-los”¹⁷⁵.

Compreende-se que o Estado, além de procurar reprimir qualquer intolerância ou embaraço ao exercício da crença, é chamado a intervir quando certos *direitos* das religiões se chocam com direito já positivado. A título de exemplo, se um paciente membro da Igreja Testemunha de Jeová carece de realizar transfusão sanguínea, por questões vitais, ciente de que sua religião não autoriza tal ato, como ficaria o médico responsável pelo seu atendimento? Esse exemplo configura um impasse legal: prevalece o direito da religião do paciente ou a decisão do Estado, que deveria zelar por sua vida? Conforme entende Pedro Lenza, seria necessário realizar uma ponderação de interesses,¹⁷⁶ pois, nessa circunstância, o Estado se encontra diante da concorrência de “dois direitos fundamentais de igual hierarquia, o direito à vida e à liberdade religiosa, sendo que, como se sabe, nenhum deles é absoluto”¹⁷⁷.

O Estado democrático de direito – modelo instaurado no Brasil – segundo José Afonso da Silva, “respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organizações e interesses diferentes da sociedade”¹⁷⁸. Além disso, com a consagração do pluralismo na Constituição Federal de 1988, os cidadãos devem ser tolerantes as ideias diversas à sua convicção. Ou seja, a liberdade de expressão religiosa não permite somente manifestações que sejam agradáveis aos ouvidos, mas, de igual modo, as desagradáveis.¹⁷⁹

Para Nilson Silva Junior, a liberdade religiosa não significa que o Estado não deveria impor ou impedir qualquer religião. Consiste, por um lado, em fazer o Estado permitir ou propiciar a um/a cidadão/ã, seguidor/a de uma determinada religião, para que cumpra seus deveres decorrentes dessa escolha – a respeito dos cultos, família ou ensino, por exemplo – em termos razoáveis para a coletividade. Por isso, o Estado não impor ou garantiria o cumprimento de tais deveres por força de lei, sem que houvesse nisso qualquer contradição. Se o Estado, concedendo aos/às cidadãos/ãs o direito a uma religião e por algum motivo

¹⁷⁴ SILVA, 2011, p. 248.

¹⁷⁵ LENZA, 2018, p. 1219.

¹⁷⁶ LENZA, 2018, p. 1222.

¹⁷⁷ LENZA, 2018, p. 1222.

¹⁷⁸ SILVA, 2011, p. 119.

¹⁷⁹ TERAOKA, 2010, p. 190.

impedir que esse/a cidadão/ã a pratique, não há liberdade religiosa, de fato. Nesse caso, o Estado se transformaria em uma espécie de “polícia das consciências” usando seu aparato para assegurar cumprimento de deveres desses fiéis como membros dessas confissões.¹⁸⁰

De modo semelhante, a DUDH, em seu artigo 18, considera que, pela lei, toda pessoa tem direito à liberdade de religião, pensamento e consciência. Esse direito estende sua proteção à liberdade de mudar a religião. Essa liberdade garante a possibilidade de manifestar sua religião ou convicção, de modo individual ou coletivo, pelo ensino, prática, culto e nos ritos.¹⁸¹

Deve-se ter em mente que o princípio fundamental da liberdade de crença tem sua origem no princípio da dignidade da pessoa humana, estando, pois, intimamente relacionado com a própria dignidade no que concerne à sua garantia constitucional.¹⁸² Manoel Jorge e Silva Neto elucida o seguinte: “fácil é concluir acerca da associação existente entre dignidade da pessoa humana e liberdade religiosa, certo que aquele postulado inspira o sistema do direito positivo de uma maneira geral”¹⁸³. Compreende-se, dessa forma, que o princípio da dignidade da pessoa humana possui prerrogativa de princípio basilar, sendo ele o mandamento central do ordenamento jurídico, figurando como valor soberano. É o que elucida José Afonso da Silva quando afirma que a dignidade da pessoa humana, mais que basilar, seria um valor supremo que abarcaria todos os direitos fundamentais das pessoas, por exemplo, o direito à vida, que é uma referência constitucional para todos os direitos fundamentais.¹⁸⁴

Com efeito, ao se afrontar a liberdade de religião, torna-se impossível não lesar também a dignidade humana. Pode-se afirmar que os direitos fundamentais são indispensáveis para a sua garantia e que possuem características essenciais à proteção da dignidade. Tal como, a irrenunciabilidade, a inalienabilidade e a imprescritibilidade.¹⁸⁵ Ferir, portanto, a liberdade de religião é ultrajar a dignidade da pessoa humana. A religião é uma expressão da própria natureza humana e, por isso, deve-se existir a liberdade de exercer, íntima ou expressamente, os conteúdos das crenças religiosas. Em outras palavras:

Sem dúvida, a opção religiosa está tão incorporada ao substrato de ser humano que o seu desrespeito provoca idêntico desacato à dignidade da pessoa. Ora, é certo que os

¹⁸⁰ SILVA JUNIOR, 2010, [n.p.].

¹⁸¹ UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 10 dez. 1948. [online]. [n.p.].

¹⁸² TAIAR, Rogério. *Direito internacional dos direitos humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos*. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) – Comissão de Pós-Graduação, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 225-226.

¹⁸³ SILVA NETO, Manoel J. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 682.

¹⁸⁴ SILVA, 2011, p. 105.

¹⁸⁵ LENZA, 2018, p. 1178.

desdobramentos da liberdade de religião devam ser necessariamente reconduzidos à esfera de sua dignidade, logo, quando desrespeitado o direito individual, indisputavelmente maculado também restará a dignidade da pessoa humana.¹⁸⁶

Verifica-se, também, a indissociabilidade entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, que incorpora a liberdade religiosa. Com isso, pode-se afirmar, portanto, que a “dignidade da pessoa humana é tanto o fundamento quanto o fim dos direitos fundamentais, para os quais atua como paradigma e por meio dos quais aflora concretamente”¹⁸⁷. É possível que a liberdade religiosa seja até mesmo confundida com a origem dos direitos fundamentais no combate a intolerância religiosa. Nesse sentido, Silva Junior citando Canotilho, esclarece:

A quebra da unidade religiosa da cristandade deu origem à aparição de minorias religiosas que defendiam o direito de cada um à ‘verdadeira fé’. Esta defesa da liberdade religiosa postulava, pelo menos, a ideia de tolerância religiosa, e a proibição do Estado em impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial. Por este facto, alguns autores, como G. Jellinek, vão mesmo ao ponto de ver na luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais.¹⁸⁸

Em uma breve análise interpretativa, é possível notar que com o advento da Constituição Federal de 1988, um princípio que conquistou importância social considerável foi o que trata da dignidade da pessoa humana. A instauração do Estado democrático de direito teria servido como base para a construção e para a busca de efetivação de diversos direitos fundamentais, passando a imperar na legislação pátria, pelo menos juridicamente, uma liberdade religiosa que estaria diretamente relacionada com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, pode-se dizer que, em sede de liberdade religiosa, a dignidade da pessoa humana apresenta-se como um princípio importante, de modo que, o cerceamento à liberdade constitui um verdadeiro golpe a dignidade humana.¹⁸⁹ “O homem, destituído de liberdade, tem, logicamente, sua dignidade abalada”¹⁹⁰. Ou seja, à pessoa humana deve ser concedida a liberdade de crer, e exercitar sua crença, demonstrando respeito às demais religiões. Ainda que sejam divergentes as crenças e os preceitos professados, deve-se tutelar aquele/a que adere a uma convicção religiosa minoritária, e de igual modo aqueles/as que são

¹⁸⁶ SILVA NETO, 2013, p. 120.

¹⁸⁷ TAIAR, 2009, p. 222.

¹⁸⁸ SILVA JUNIOR, 2010, [n.p.].

¹⁸⁹ SORIANO, Aldir G.; MAZZUOLI, Valério O. (coords). *Direito a Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 88.

¹⁹⁰ SORIANO, 2009, p. 88.

seguidores de religiões majoritários. Não se pode esquecer, também, daqueles/as que não professam uma religião, é o caso, por exemplo, dos ateus ou agnósticos.¹⁹¹

Portanto, as repercussões jurídicas do fenômeno religioso na sociedade precisam partir da compreensão da garantia à liberdade religiosa congruente ao modelo de laicidade recepcionado pela ordem constitucional vigente no país.¹⁹² Destarte, a próxima seção quer perscrutar como se comporta o Estado brasileiro diante dessa perspectiva de liberdade religiosa.

1.3.2 Limites à liberdade religiosa

A despeito de seu entrelaçamento com o aspecto da dignidade humana, a liberdade religiosa constitui um direito fundamental com limites e restrições. Como todo direito fundamental, a liberdade religiosa possui uma característica singular, isto é, a sua relatividade. O que significa dizer que o seu principal objetivo seria possibilitar a convivência harmônica entre os demais direitos fundamentais preconizados na Constituição Federal de 1988.¹⁹³

Embora não esteja submetida à expressa reserva legal, a liberdade religiosa se depara com certos limites em face de outros direitos fundamentais bem como na dignidade da pessoa humana. O que implica, em caso de conflito, na necessidade de cuidadosa ponderação e atenção em relação aos critérios da proporcionalidade, entre outros aspectos.¹⁹⁴ Em relação a esse aspecto, Joana Zylbersztajn argumenta que a situação apenas será perquirida no suceder de cada caso concreto, com suas especificidades e circunstâncias, observando à medida que cada direito é restringido para que outro seja tutelado.¹⁹⁵ E Thiago Teraoka rememora a inexistência de direitos absolutos, pois, ainda que não se encontre reserva expressa no artigo 5º, inciso VI, da CF, isto não expressa que a liberdade religiosa tem de ser interpretada de forma absoluta.¹⁹⁶ Isso estaria indicando, conforme Rodrigo Souza, que:

A ausência de reserva expressa vinculada ao direito fundamental não o torna ilimitado – ou melhor, irrestringível –, pois isso, seria não apenas admitir a existência de uma diferenciada sistemática de reservas, como estar-se-ia, também, a pressupor uma hierarquização axiológica dos direitos fundamentais. Portanto, a inexistência de reservas vinculadas de forma expressa, não torna o direito fundamental ilimitado (irrestringível), mas apenas demonstra a decisão do constituinte quanto à abertura à possibilidade de posteriores atuações restritivas aos

¹⁹¹ MORAIS, Márcio E. Religião e direitos fundamentais: o princípio da liberdade religiosa no Estado Constitucional Democrático brasileiro. *Revista RBDC*, São Paulo, v. 18, p. 225-242, 2012. p. 241.

¹⁹² REIMER, 2013, p. 79.

¹⁹³ LENZA, 2018, p. 1219.

¹⁹⁴ MARMELSTEIN, 2013, p. 371.

¹⁹⁵ ZYLBERZSTAIN, 2012, p. 81.

¹⁹⁶ TERAOKA, 2010, p. 55.

órgãos constituídos, o que decerto constitui atitude responsável frente a evidente incapacidade daquele em prever e resolver de forma apriorística e abstrata todas as situações de conflito entre direitos fundamentais.¹⁹⁷

Ou seja, o direito a liberdade religiosa, *a priori*, apresenta-se como um direito ilimitado. Entretanto, de acordo com as alegações supracitadas, a doutrina, bem como a legislação, demonstra que, em momentos pontuais, tal liberdade se torna passível de restrições. Sobretudo, quando em conflito com outros direitos fundamentais de terceiros que possuem maior peso em um processo de ponderação.¹⁹⁸ Segundo George Marmelstein:

É possível estabelecer limites a esse direito sempre que ele se chocar com outros valores constitucionais mais importantes, até por que o exercício de qualquer direito deve sempre observar a já mencionada ideia de respeito ao outro. Ninguém diria, por exemplo, que o direito de liberdade de religião autorizaria a prática de atos de sacrifício de vidas humanas. Em situação assim, certamente o direito à vida seria considerado como mais importante que o direito de crença. Também não se pode admitir, nessa mesma lógica, que a prática da liberdade religiosa justifique a realização de cultos barulhentos, em horários impróprios, de modo a incomodar demasiadamente o descanso do restante da comunidade. Até mesmo a liberdade religiosa deve se submeter às regras de vizinhança e aos limites impostos pela legislação específica que rege a matéria.¹⁹⁹

Nesse sentido, os limites à liberdade religiosa seriam necessários para evitar abusos e/ou situações que provoquem constrangimento, como também injustiças em relação aos/às cidadãos/ãs de diferentes crenças ou aqueles/as que não manifestam qualquer crença.²⁰⁰ Mas, os conflitos da liberdade religiosa com os outros direitos fundamentais e bens jurídico-constitucionais são múltiplos e podem, dependendo da circunstância, ser justificadas restrições em relação à instrumentalização da liberdade religiosa para punir aqueles/as que utilizam a retórica religiosa para o enriquecimento ilícito à custa da boa-fé das pessoas. Sobretudo, quando incorrer em prática de crime, afetar os direitos de terceiros e/ou o interesse coletivo. Por exemplo, o curandeirismo, o estelionato e o charlatanismo.²⁰¹ Para Aldir Soriano:

Há limites para a liberdade, a fim de se preservar a ordem jurídica. Nenhuma atividade ilícita pode ser praticada em nome da religião, pois não se trata de um direito absoluto. De outra banda, não cabe ao Estado dizer o que é verdadeiro ou falso no campo religioso [...]; cabe, entretanto, coibir as ilicitudes praticadas em nome da religião, desde que prevista em lei. Para tanto, existe todo um ordenamento jurídico que regula o mínimo moral. Os crimes de estelionato, de bigamia, de

¹⁹⁷ SOUZA, Rodrigo L. O. *Liberdade religiosa: direito fundamental numa sociedade democrática e pluralista*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2019. p. 63.

¹⁹⁸ NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. p. 415.

¹⁹⁹ MARMELSTEIN, 2013, p. 111-112.

²⁰⁰ SILVA JUNIOR, 2010, p. 72.

²⁰¹ MARMELSTEIN, 2013, p. 112.

homicídio, de charlatanismo, de curandeirismo, o uso de alucinógenos e o terrorismo merecem a reprovação estatal e devem ser punidos. O Estado promove a persecução de tais ilícitos, porque violam a ordem pública, ferem a liberdade alheia e atentam contra a segurança pública. Não o faz, portanto, com o escopo de combater os falsos profetas ou as religiões falsas, pois, como ficou assentado, o Estado é neutro, não-confessional ou laico.²⁰²

Além desses limites, ainda é possível mencionar a interação entre o direito fundamental e a honra, que pode ser considerada como um aspecto limitador da liberdade religiosa, pois, a veiculação de conteúdos religiosos não permitiria ofensas à honra pessoal.²⁰³ Isso, porque, uma ofensa desferida contra um grupo social, onde o indivíduo seja membro, afetaria sua integridade moral.²⁰⁴

É importante ressaltar que, de acordo com José Carvalho Filho, os limites aos direitos fundamentais se inserem em uma tríplice função.²⁰⁵ Desse modo, ele considera que a *função adequadora* seria aquela em que a restrição de um direito serve para que outros possam ser exercidos sem haver sobreposições. O objetivo seria conceder a maior eficácia possível à sua aplicação. Também, segundo ele, haveria a *função dirimente*, representada pelo conflito entre dois ou mais detentores de direitos fundamentais contrapostos, de forma que, sua restrição evitaria uma repetição do mesmo conflito no futuro sem necessidade da intervenção de outras instâncias administrativas ou jurisdicionais. E a *função comunitária* que trata tal restrição como um instrumento de garantia entre direitos fundamentais e bens, valores ou interesses, havendo benefício coletivo em sua preservação.²⁰⁶

Portanto, pode-se concluir que diante da impossibilidade de o direito à liberdade religiosa ser absoluto, não há um direito que seja sempre obrigatório em qualquer circunstância ou perante qualquer consequência. Isto é, os direitos fundamentais não devem ser tidos como absolutos e/ou ilimitados. Há, pois, limitações diante da importância de se garantir aos demais o exercício desses direitos. Nas palavras de José Carvalho Filho, “como têm limites externos, decorrentes da necessidade de conciliação com as exigências da vida em sociedade, traduzidas na ordem pública, ética social, autoridade do Estado, dentre outras delimitações”²⁰⁷.

Para Thiago Teraoka, diferentemente de outras nações como a Espanha, o México e a Argentina, não existem leis específicas no Brasil que versem sobre o desempenho da

²⁰² SORIANO, Aldir G. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 168.

²⁰³ SANTOS JUNIOR, 2013, p. 149.

²⁰⁴ SANTOS JUNIOR, 2013, p. 150.

²⁰⁵ CARVALHO FILHO, José S. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 621.

²⁰⁶ CARVALHO FILHO, 2011, p. 621.

²⁰⁷ CARVALHO FILHO, 2011, p. 621.

liberdade religiosa no país. Em razão disso, comumente, as tratativas de resoluções mais custosas, tendem a ser resolvidas pela doutrina e pela jurisprudência,²⁰⁸ como será analisado no próximo capítulo.



²⁰⁸ TERAOKA, 2010, p. 57.

2 AS LIMITAÇÕES DO DIREITO: ATÉ ONDE CHEGAM AS SOLUÇÕES E INTERPRETAÇÕES JURÍDICAS

Este capítulo aborda os limites do direito, no intuito de demonstrar os aspectos relacionados às interpretações jurídicas e as soluções para os casos judiciais. Serão analisadas as fontes do direito, a Constituição, sobretudo a de 1988, as leis ou as legislações, o costume, a doutrina e a jurisprudência. Isso dará as bases, ao lado dos principais conceitos elencados e descritos no primeiro capítulo, para se pensar a respeito dos aspectos práticos que perpassam a atividade dos/as profissionais do direito, sempre levando em conta a influência do fenômeno religioso.

2.1 Fontes do direito

A experiência jurídica, da mesma forma que a ciência do Direito, não pode ser considerada um elemento meramente dado pela natureza. Ela constitui, pois, um fator cultural construído pelo ser humano que, como toda construção cultural, resulta de um profundo e imbricado processo histórico, desenvolvido em meio a tensões políticas, religiosas, econômicas e sociais no curso da história. A partir disso, o entendimento da dinâmica de edificação do Direito é tão fundamental quanto o domínio da técnica perante as necessidades para sua aplicação.²⁰⁹ Outrossim, seria “no processo de construção que se manifestam os valores fundantes daquilo que é construído”²¹⁰.

O Direito Ocidental resulta, pois, de três grandes bases originais fundadas na Europa, sendo elas a Filosofia Grega, o Direito Romano e a Ética Cristã. Essa última, também, se manifesta no contexto da experiência histórica da consciência jurídica. Desse modo, o cristianismo teria contribuído de modo expressivo em relação ao fundamento ético do Ocidente, tendo tido contribuição, quase exclusiva, em sua conformação no campo do Direito e como o marco inicial de diversos institutos jurídicos fundamentados pelo direito canônico.²¹¹ Assim, é possível compreender que a experiência jurídica canônica foi preservada no Direito Ocidental e, a despeito de ter sido negada durante a Modernidade, teria

²⁰⁹ BACELAR, Renan V. B. *Direito canônico: vivências históricas e teóricas da cultura jurídica ocidental*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. p. 2.

²¹⁰ BACELAR, 2018, p. 2.

²¹¹ BACELAR, 2018, p. 3.

fornecido subsídios contributivos para o desenvolvimento do Estado moderno, sendo ela “elemento fundante da experiência jurídica ocidental”²¹².

Com estruturas e legislações próprias em relação ao direito civil, o direito canônico teria sido moldado na dinâmica de uma evolução social, ao longo dos séculos, influenciando, assim, as estruturas do direito e do Estado. Por esse registro, o direito canônico ainda poderia ser considerado um ramo vivo do direito. A despeito de, a partir do século XIX, ter ocorrido um processo de secularização das instituições públicas e privadas, com a separação entre a ICAR e o Estado, estabelecida em diversos países, o direito canônico continuaria a nortear as relações entre a comunidade cristã, visto que seus membros se submetem a suas regras voluntariamente.²¹³

Os fundamentos que embasam a existência e a validade do direito canônico são diversos, de modo que a sua influência incidiria nos aspectos de ordem espiritual como temporal. Não raro, há algum conflito quanto aos limites entre um e outro aspecto, como na intrincada relação entre política e religião.²¹⁴ No entanto, desde seus primórdios, antes mesmo de seu reconhecimento total pelo Império, a ICAR era chamada a se posicionar no campo da jurisdição. Isto é, conforme sua influência no Império Romano crescia, consolidava-se um poder judicial pela atuação dos bispos. Tal atuação foi reconhecida como oficial a partir de Constantino, formando uma espécie de Direito especial que, ainda que chamado de “romano”, era muito marcado pela moral cristã.²¹⁵

Nesse sentido, é possível listar alguns fatores importantes para o entendimento da influência do direito canônico na Idade Média. O primeiro seria a base ecumênica ou universal da ICAR, que lhe concede uma feição unitária. Segundo, por muitos séculos, o direito da ICAR teve jurisdição exclusiva sobre determinados aspectos do direito privado, como as questões relacionadas ao casamento e ao divórcio. Em terceiro lugar, o direito canônico foi, por quase toda a Idade Média, o único direito escrito disponível na Europa. Por último, e como consequência disso, ele era estudado e analisado em sua base doutrinária muito antes do direito laico, exercendo, assim, influência sobre todo o direito secular europeu.²¹⁶

Ainda hoje, é possível identificar diversos institutos canônicos válidos dentro de inúmeras ordens estatais modernas. Isto demonstraria, em certa medida, a conservação da

²¹² BACELAR, 2018, p. 3.

²¹³ MENDES, Andressa S.; AZEVEDO, Gilson X. A influência do direito canônico para o direito brasileiro. *Revista Faqui*, Quirinópolis, v. 1, n. 11, p. 44-62, 2021. p. 51.

²¹⁴ BACELAR, 2018, p. 40.

²¹⁵ BACELAR, 2018, p. 46.

²¹⁶ MENDES; AZEVEDO, 2021, p. 51.

influência canônica no Direito ocidental. Há que se compreender, portanto, que pela perspectiva da tradição jurídica, o Brasil segue como um país atrelado à família romano-canônica, onde a fonte primária do direito é a lei.²¹⁷ Segundo Renan Bacelar:

É notória a influência canonística: (i) em matéria de relações pessoais entre os cônjuges; (ii) na valorização da vontade (em vez da forma) no direito dos contratos; (iii) na desformalização do direito sobre as coisas (valorização da posse em relação à propriedade); (iv) na valorização da sucessão testamentária e na desformalização do testamento; (v) na exigência de boa fé para a prescrição; (vi) na valorização das soluções de equidade (*aequitas*) contra as decisões de direito estrito (*stricti iuris, rigor iuris, apices iuris*); (vii) em matéria processual, na promoção da composição amigável e da arbitragem; (viii) em matéria processual penal, no estabelecimento do processo inquisitório, com uma maior preocupação da averiguação da verdade material.²¹⁸

A partir do século XVI, o direito canônico teve considerável parte da influência de que tinha fruído durante a Idade Média perdida e, de forma gradativa, limitou-se à disciplina dos assuntos internos da igreja. Sucessivo a isso, iniciou-se, gradualmente, a laicização do Estado e do direito.²¹⁹ Houve circunstâncias internas à ICAR que teriam levado posteriormente ao declínio do uso do direito canônico como parâmetro comportamental à sociedade. Uma delas teria sido a divisão da ICAR, no século XVI, culminando na Reforma Protestante, o que levou à perda de fiéis e, conseqüentemente, a redução do poder político do qual era possuidora. Isso teria acontecido nos dois séculos subsequentes à Reforma, até a completa separação entre Estado e igreja, no século XIX.²²⁰

Por essência, a experiência jurídica moderna se inclina à negação em relação à presunção de validade do direito canônico. Isso significa que, no Estado moderno, o fundamento único da ordem jurídica se localiza na força simbólica estatal e se, por ventura, ao Direito da ICAR é dada alguma aplicabilidade, o que ocasionalmente acontece, o é por deliberação ou permissão do Estado.²²¹ Nesse sentido, Renan Bacelar reforça que:

As Revoluções Americana e Francesa concretizam os ideais do Direito Moderno nos textos das constituições e leis. A partir delas tem início o período que podemos reconhecer como Direito Contemporâneo. São, em tese, extintos os últimos resquícios do feudalismo e a soberania é conquistada pela nação. Livres e iguais perante a lei, os cidadãos passam a ter seus direitos subjetivos resguardados pelas liberdades públicas. À exceção dos Estados Unidos da América, da Inglaterra e de suas colônias, os direitos dos Estados nacionais conservam-se na família romano-

²¹⁷ BACELAR, 2018, p. 147.

²¹⁸ BACELAR, 2018, p. 114.

²¹⁹ BACELAR, 2018, p. 116.

²²⁰ MENDES; AZEVEDO, 2021, p. 51.

²²¹ BACELAR, 2018, p. 145.

germânica. A Lei, portanto, torna-se a principal fonte do Direito por quase toda a parte, ao menos no mundo ocidental.²²²

Muitos conceitos jurídicos atuais têm sua origem tanto em Roma como na Grécia, tendo como base o direito canônico, advindo das verdades religiosas do Cristianismo. Há muito se compreende o sistema jurídico brasileiro herda os valores cristãos. Fala-se em ética, honestidade, convívio harmonioso, respeito, proteção às pessoas e em dar atenção aos mais vulneráveis, mas, de modo amplo, as religiões ressaltam tais práticas. Inúmeros institutos e fontes do direito advieram do direito canônico, dentre eles destacam-se: a teoria da pessoa jurídica, o negócio jurídico, o direito processual e a instituição do matrimônio, fora outras influências no direito civil e penal.²²³ Atualmente, “o direito canônico é restrito a religião, porém, suas contribuições ainda fazem parte da sociedade”²²⁴.

Feitas tais considerações, mesmo que breves, a respeito do percurso histórico, dos aspectos da tradição jurídica ocidental, que é um valor fundante daquilo que se pretende discutir, o cerne da questão será esboçado nas próximas linhas.

Nesse sentido, pode-se afirmar que, de modo aparente, “o processo legislativo é considerado a única fonte de direito; no entanto, este será considerado tão-somente como um dos meios pelos quais surgem as normas jurídicas”²²⁵, explica Reinaldo Dias. Mas, a origem do Direito, segundo esse autor, estaria atrelada à vida cotidiana e à realidade social onde as ações e as condutas humanas ocorrem. Isto é, as fontes do direito estariam, nesse sentido, no convívio social entre as pessoas. Com efeito, o direito constitui parte integrante da cultura de um povo,²²⁶ e se manifesta ao longo da vida através da sociedade e das pessoas que a integram.²²⁷

Contudo, o pluralismo de fontes legislativas nem sempre representa uma vantagem, pois, conforme Ricardo Lorenzetti, “a proliferação produz insegurança e paralisia. Não se sabe exatamente qual lei está vigente, como se solucionam os conflitos de leis, qual será a decisão final do intérprete”²²⁸. E, para Frank Zakalhuk e Adalberto Martins Júnior, a

²²² BACELAR, 2018, p 155.

²²³ SILVA, José A. As contribuições do direito canônico para o direito romano e suas influências atuais. *Revista Recima21*, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 1-13, 2021. p. 2.

²²⁴ SILVA, 2021, p. 2.

²²⁵ DIAS, Reinaldo. *Sociologia do direito: a abordagem do fenômeno jurídico como fato social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 83.

²²⁶ DIAS, 2014, p. 83.

²²⁷ DIAS, 2014, p. 83.

²²⁸ LORENZETTI, Ricardo L. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: RT, 2010. p. 27.

existência de inúmeras fontes legislativas, ocasionalmente, pode gerar dúvidas para o julgador em relação a qual lei deverá ser aplicada em determinadas situações.²²⁹

No contexto desta pesquisa, o termo *fonte* designa a ideia de origem, nascente e/ou procedência.²³⁰ Sílvio Venosa afirma que:

Fonte possui um sentido metafórico tradicional no estudo do Direito. Expressão que se tradicionalizou de há muito, atribuída à época de Cícero, significa nascedouro, nascente, origem, causa, motivação das várias manifestações do Direito. Trata-se de expressão absolutamente consagrada pela doutrina.²³¹

Reinaldo Dias destaca que cada ordenamento jurídico possui o seu próprio sistema de fontes, ao passo que, no Brasil, a lei é reconhecida de forma majoritária, depois o costume e, enfim, a jurisprudência.²³² Em relação à doutrina, têm-se dois grandes sistemas jurídicos: o *civil law* e o *common law*. O primeiro sistema está ancorado em uma tradição romano-germânica, pautado na lei escrita e é predominante no contexto do direito brasileiro. O segundo, por sua vez, está fundamentado em uma tradição anglo-saxônica e tem como base os costumes.²³³ A principal diferença entre esses dois sistemas jurídicos estaria:

Nas fontes originárias do direito. Enquanto o primeiro, adotado pelos países da Europa continental e da América Latina, utiliza como principal fonte as leis, devidamente codificadas pelos legisladores, o segundo, adotado em países de tradição anglo-americana, com origem na Inglaterra, tem na decisão judicial, ou no precedente judicial, preenchidos determinados requisitos, a fonte principal do direito.²³⁴

Em relação à origem das normas, existem ainda três classificações – ou três espécies de fontes do Direito – apresentadas pela doutrina que merecem destaque, a saber: as *históricas*, as *materiais* e as *formais*.²³⁵ As fontes históricas seriam aquelas que apareceram ao longo do processo de evolução da sociedade.²³⁶ Para Paulo Nader, as fontes “indicam a gênese das modernas instituições jurídicas: a época, local, as razões que determinaram a sua formação”²³⁷. Por isso, o estudo do repertório histórico das normas de determinado povo possibilitaria uma melhor compreensão acerca do desenvolvimento e da construção do

²²⁹ ZAKALHUK, Frank E.; MARTINS JUNIOR, Adalberto C. P. Diálogo das fontes: novo método de interpretação no direito brasileiro. *Revista Facider*, Colider, n. 5, [n.p.], [s.d.]. [online]. [n.p.].

²³⁰ DIAS, 2014, p. 83.

²³¹ VENOSA, Sílvio S. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 119.

²³² DIAS, 2014, p. 84.

²³³ FRIEDE, Reis; LOPES, Humberto P. O costume jurídico enquanto fonte do direito brasileiro. *Revista Intellectus*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 47, p. 5-21, 2018. [online]. p. 5.

²³⁴ PEZARINI, Gustavo L.; PITTA, Rafael G. A importância dos precedentes judiciais na evolução do Direito brasileiro. *Revista IDCC*, Londrina, v. 5, n. 1, p. 31-44, 2020. [online]. p. 33.

²³⁵ NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do direito*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 159.

²³⁶ DIAS, 2014, p. 89.

²³⁷ NADER, 2014, p. 159.

ordenamento jurídico atual.²³⁸ Nesse sentido, quanto ao cenário brasileiro, o estudo do Direito Romano favoreceria uma melhor compreensão a respeito do sistema jurídico vigente.²³⁹

Em relação às fontes materiais, Paulo Nader elucida que “o Direito não é um produto arbitrário da vontade do legislador, mas uma criação que se lastreia no querer social”²⁴⁰. Ou seja, as fontes materiais referem-se aos fatos, aos grupos e aos problemas sociais nos quais o direito teria origem, como meio vital dos mecanismos, tais como: Estado, igreja, entidades econômicas, entre outras.²⁴¹

De um ponto de vista sociológico podemos ampliar as fontes reais ou materiais do Direito incluindo todos os elementos que de um modo ou de outro contribuem para a produção da norma jurídica e determinam em maior ou menor grau o conteúdo da mesma. Tais elementos são: as ideias políticas, morais, religiosas e jurídicas do povo, especialmente dos legisladores, líderes políticos, dirigentes sindicais, empresários, juristas ou juízes; o interesse por novidade ou o contrário, o excessivo tradicionalismo e rotina; a organização econômica etc.²⁴²

Segundo Gustavo Garcia:

As fontes materiais do Direito são os motivos éticos, morais, históricos, sociológicos, econômicos, religiosos e políticos que deram origem à norma jurídica. Envolvem, assim, os fatores reais que condicionaram o aparecimento da norma jurídica, as razões (econômicas, sociais, políticas etc.) que influenciaram a criação da norma de Direito.²⁴³

Por fim, Paulo Nader entende que as fontes materiais também podem ser subdivididas em *diretas* e *indiretas*. As fontes materiais diretas, segundo ele, seriam aquelas desempenhadas pelos órgãos criadores do Direito Positivo, a sociedade, por exemplo, instituidora de costumes que gera o Direito consuetudinário, o Poder Judiciário na qualidade de produtor de jurisprudência, e o Legislativo criador das leis. Já as fontes materiais indiretas seriam, para o autor, os fatores jurídicos, tais como: a moral, a economia, a geografia, e outros.²⁴⁴

Por último, as fontes formais estariam relacionadas às possibilidades de manifestação das normas jurídicas, isto é, como elas se exteriorizam, tornando-se conhecidas.²⁴⁵ De acordo com Reinaldo Dias, elas são limitadas e disciplinadas rigorosamente pelo Direito e representam os canais por meio dos quais as normas jurídicas são concebidas. De modo geral,

²³⁸ DIAS, 2014, p. 89.

²³⁹ DIAS, 2014, p. 89.

²⁴⁰ NADER, 2014, p. 159.

²⁴¹ DIAS, 2014, p. 90.

²⁴² DIAS, 2014, p. 90.

²⁴³ GARCIA, Gustavo F. B. *Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 71.

²⁴⁴ NADER, 2014, p. 159.

²⁴⁵ GARCIA, 2015, p. 71.

a corrente moderna considera como fontes formais do Direito, no ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição/Legislação, o costume, a doutrina, a jurisprudência, os princípios gerais do Direito e os tratados internacionais.²⁴⁶ Para Neto Machado:

Com o aparecimento da doutrina, que já no sistema romano representa um saliente papel, completa-se o quadro das fontes fundamentais do Direito – lei, costume, jurisprudência, doutrina. Os tratadistas costumam incluir outras instâncias no cômputo das fontes jurídicas, tais como os princípios gerais do Direito, a equidade, os tratados internacionais, os atos e negócios jurídicos, mas não há que se negar que é através dessas quatro vias que essas demais fontes encontram sua confirmação, ou então trata-se de norma individualizada que irá encontrar sua fundamentação em alguma norma mais geral seja legislativa, costumeira, jurisprudencial ou doutrinária.²⁴⁷

À luz desses argumentos, esta seção reserva um breve espaço para tratar das fontes que mais estariam vinculadas ao objeto de análise desta pesquisa. Dessa forma, as subdivisões que seguem abaixo procuram enfatizar os seguintes aspectos: a *Constituição*, as *leis* e/ou a *legislação*, o *costume*, a *doutrina* e a *jurisprudência*.

2.1.1 A Constituição

A palavra *Constituição*, em sentido amplo, manifesta a forma como alguma coisa está organizada. Mas, em “sentido formal e instrumental, a Constituição é a norma jurídica fundamental escrita, que regula de modo sistemático o Estado, seu governo, os direitos fundamentais das pessoas, e tem supremacia sobre todas as outras formas jurídicas”²⁴⁸. Entre as fontes do Direito, a Constituição está no topo da hierarquia, pois, através dela as demais fontes – muitas vezes relegadas ao segundo plano, por exemplo, os princípios gerais do Direito – passam a ocupar o plano primário. Seria o caso dos direitos humanos, que, pelo amparo constitucional, ocupam hoje uma posição relevante no quadro geral das fontes jurídicas.²⁴⁹ Nas palavras de Gustavo Garcia:

A *Constituição* é a norma jurídica superior, sendo o fundamento de validade das demais normas de Direito. Ela é produzida pelo poder constituinte originário. As leis complementares, as leis ordinárias, as leis delegadas e as medidas provisórias são hierarquicamente inferiores, devendo, por isso, ser produzidas de acordo com os procedimentos previstos (processo legislativo), bem como ter o seu conteúdo em consonância com a Constituição. Ou seja, para ser válida, a lei deve ser constitucional no aspecto formal e material [...] As emendas constitucionais, por sua

²⁴⁶ DIAS, 2014, p. 92.

²⁴⁷ MACHADO NETO, Antonio L. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 198.

²⁴⁸ DIAS, 2014, p. 92.

²⁴⁹ DIAS, 2014, p. 92.

vez, alteram a Constituição [...], sendo produzidas pelo poder constituinte derivado, o qual deve respeitar certos limites estabelecidos pelo poder constituinte originário.²⁵⁰

A Constituição como fonte suprema impõe as demais normas – que ocupam uma posição inferior nessa hierarquia – a obrigatoriedade de estarem em conformidade com os seus fundamentos, sob a pena de serem consideradas inconstitucionais e, assim, não mais pertencerem ao ordenamento jurídico.²⁵¹ Desse modo, cabe, agora, analisar alguns aspectos relacionados às leis e/ou à legislação, na próxima subseção.

2.1.2 As leis ou a legislação

Paulo Nader declara que, na atual conjuntura, a produção do Direito Positivo se dá através da lei, onde as normas são determinadas em consonância com os interesses de ordem social por intermédio do Poder Legislativo.²⁵² Para ele, não constituiria, como antes, a expressão de uma vontade individual, porque estaria traduzindo as aspirações coletivas. A despeito de uma elaboração intelectual, que exigiria uma técnica específica, não teria como base os artificios da razão, pois, na verdade, se estruturaria na realidade social. Ou seja, a sua fonte material estaria sendo representada pelos próprios fatos e pelos valores que a sociedade oferta.²⁵³

Segundo Reinaldo Dias, “o termo *lei* é utilizado como sinônimo de norma jurídica. A lei entendida em sentido amplo são todas as normas jurídicas de origem estatal, que se encontram codificadas por escrito, excetuando-se as sentenças dos tribunais”²⁵⁴. A noção de lei apresentada pelo autor, em sentido amplo, inclui a Constituição política do Estado, as leis propriamente ditas, os tratados internacionais, os decretos, regulamentos e demais resoluções das autoridades políticas e administrativas.

Em sentido amplo, a lei seria tanto uma lei constituída como também pode ser uma medida provisória ou um decreto. A medida provisória, instrumento criado pela Constituição Federal de 1988, é um ato de responsabilidade única do presidente da República, que decide editá-la segundo os critérios de relevância e de urgência públicas, excluindo previsões discriminadas, no art. 62, da Constituição Federal, consoante Redação da Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001. Da mesma forma, o decreto-lei substitui e se

²⁵⁰ GARCIA, 2015, p. 73.

²⁵¹ NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 118.

²⁵² NADER, 2014, p. 163.

²⁵³ NADER, 2014, p. 163.

²⁵⁴ DIAS, 2014, p. 93.

sobrepõe ao ordenamento legislativo, possuindo, assim, forma de decreto e conteúdo de lei. Assim, tendo sido editada, precisa ser submetida à apreciação do Congresso Nacional de forma imediata.²⁵⁵

O Brasil é uma República Federativa e sua organização político-administrativa compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios.²⁵⁶ No que se refere aos Estados federais, a Carta Magna representa a primeira entre as fontes do Direito. Com base nela, determina-se a existência e a legitimidade quaisquer outras fontes. A segunda fonte do Direito é a lei federal e as leis estaduais e municipais estão subordinadas a ela.²⁵⁷ Gustavo Garcia lembra que:

Registre-se que no âmbito da competência legislativa concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal, a de titularidade da União limitar-se-á a estabelecer normas – gerais. A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados. Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (art. 24, §§ 1.º, 2.º, 3.º e 4.º, da CF/1988).²⁵⁸

Alicerçando-se nesse argumento, em sentido estrito, a lei equipare-se à norma jurídica que advém do Poder Legislativo, apresentando as seguintes características:

a) É uma regra social, que busca regular a conduta de cada pessoa no meio social, sendo esta uma característica que possui a norma jurídica. b) É obrigatória, reprime e orienta a ação dos indivíduos, ditando determinadas condutas. c) Possui caráter permanente. A lei é elaborada com a intenção de que se perdure ou tenha vigência indefinida. Embora, algumas leis são criadas com vigência determinada, seria o caso, por exemplo, do orçamento. d) É estabelecida pela autoridade pública, em particular, de um dos poderes do Estado, o Poder Legislativo. e) É respaldada pela força do Estado. São aplicadas determinadas sanções àqueles que transgridem as leis. f) É de conhecimento amplo, pois para que surta seus efeitos é necessário que todos os habitantes do território em que a lei é vigente a conheçam. g) De modo geral é aplicada sobre um número indeterminado de pessoas e situações. h) As leis são aplicadas num determinado contexto territorial. No caso brasileiro, por constituir-se num Estado Federal coexistem num mesmo território diferentes leis quanto a sua origem: federal, estadual ou municipal.²⁵⁹

Cabe, agora, analisar o aspecto do *costume* enquanto fonte instauradora de direito sem muita vivacidade na seara do direito brasileiro.

²⁵⁵ NADER, 2014, p. 163.

²⁵⁶ GARCIA, 2015, p. 72.

²⁵⁷ DIAS, 2014, p. 94.

²⁵⁸ GARCIA, 2015, p. 73.

²⁵⁹ DIAS, 2014, p. 94.

2.1.3 O Costume

Há uma íntima conexão entre o direito positivo e os fatos sociais que constituem sua fonte material. Tal vínculo entre a ordem jurídica e as manifestações sociais parece ser um fato comum na história do direito. Cabe lembrar que, nos tempos primórdios, o costume não teria sido considerado apenas uma fonte material, mas, também, um meio de expressão do direito. Na atualidade, o costume – enquanto fonte geradora de direito – possui pouca expressividade, exercendo apenas função supletiva de lei, pois o direito escrito absorve, quase que por completo, a integralidade das normas consuetudinárias. A exceção seriam os povos anglo-americanos, que ainda o consideram um elemento importante.²⁶⁰ Paulo Nader argumenta que:

A partir do início do século XIX, começou a operar a mudança na forma de manifestação do Direito. O racionalismo filosófico, doutrina que destacava o poder criador da razão humana, e a elaboração do Código Napoleão influenciaram decisivamente nos processos de codificação do Direito de quase todos os povos. Os benefícios que o Direito escrito pode oferecer, diante de rápidas mudanças históricas, diante de sempre novos e surpreendentes desafios que a ciência e a tecnologia apresentam, dão-nos a convicção de que o Direito costumeiro é uma espécie jurídica em desaparecimento.²⁶¹

A despeito de o costume ser considerado o meio de expressão mais legítimo e autêntico do direito – pelo fato de ser produto que advém espontaneamente das relações de vida –, ele não é capaz de atingir a segurança jurídica devida. Em tese, o direito codificado tende a favorecer mais a garantia do direito do que as regras costumeiras. Razão pela qual a lei possui *status* de superioridade em relação ao costume, sobretudo, nos Estados de ampla extensão territorial em que existem divergências nos usos e costumes. Muitas vezes, as normas de classe consuetudinárias estariam repletas de aspirações morais e/ou religiosas, relata Paulo Nader.²⁶²

Para Sílvio Venosa, o costume nasce da consciência coletiva,²⁶³ e, segundo Reinaldo Dias, é definido como “a repetição constante e uniforme de uma regra de conduta pelos membros de uma comunidade ou grupo social, agregada a uma convicção que responde a uma necessidade jurídica”²⁶⁴. Ou seja, o costume seria uma forma de conduta ou uso repetido que se transforma, paulatinamente, em obrigatório apenas por esse fato.²⁶⁵ Mas, Sílvio Venosa

²⁶⁰ NADER, 2014, p. 170.

²⁶¹ NADER, 2014, p. 170.

²⁶² NADER, 2014, p. 172.

²⁶³ VENOSA, 2009, p. 126.

²⁶⁴ DIAS, 2014, p. 95.

²⁶⁵ DIAS, 2014, p. 95.

insiste na necessidade de amplitude do costume, o que significa dizer que ele seja geral e que esteja difundido no meio social.²⁶⁶ Para ele, todo costume pode ser enquadrado em um grupo determinado e setorizado em uma parcela da sociedade. E sua maior atuação seria, certamente, no antigo direito comercial com todas suas práticas de origem costumeira.²⁶⁷

Nesse sentido, o processo de formação natural do costume teria início no hábito, isto é, numa prática repetida e prolongada de determinados atos – cultivados por um ou vários indivíduos –, considerados isoladamente e não como um grupo. Posteriormente, a generalização desse hábito acontece, passando a ser realizado pelo grupo social – entendido como entidade coletiva – que passaria a considerar o hábito como seu. A fase subsequente seria a internalização ou a interiorização desse hábito. Destarte, para que haja costume jurídico propriamente dito, ao hábito generalizado se deveria agregar o elemento subjetivo ou interno à convicção do grupo de que estas práticas respondem a uma necessidade jurídica. O que implica dizer que elas passam a ser obrigatórias, ou melhor, que obrigam juridicamente.²⁶⁸ Tem-se, portanto, que o costume se realiza em um processo moroso, infundindo-se sutilmente no meio social.²⁶⁹

2.1.4 A Doutrina

A doutrina pode ser considerada o resultado de estudos científicos – realizados, normalmente, por pesquisadores do direito, tais como: professores/as, juízes/as, promotores/as, advogados/as, entre outros/as – acerca do Direito declarado ou sobre sua aplicação.²⁷⁰ Atualmente, ela possui um papel imprescindível no campo do Direito, auxiliando, sobretudo, os/as legisladores/as e/ou os/as juízes/as no universo complexo das normas e da realidade social. Através da doutrina se torna possível aclarar certos pontos controvertidos, determinar novos parâmetros, apontar novos caminhos ainda não perscrutados, propor soluções justas, entre outras contribuições. Ou seja, ela favorece a busca pelo aperfeiçoamento do sistema jurídico em seus múltiplos e complexos aspectos.²⁷¹

De acordo com Sílvio Venosa, todo trabalho intelectual de constituição da doutrina possui importância singular no universo jurídico do sistema romano-germânico. A doutrina, mesmo não sendo fonte direta do Direito, influi sobremaneira nos caminhos seguidos pelo

²⁶⁶ VENOSA, 2016, p. 126.

²⁶⁷ VENOSA, 2016, p. 126.

²⁶⁸ DIAS, 2014, p. 97.

²⁶⁹ VENOSA, 2016, p. 126.

²⁷⁰ DIAS, 2014, p. 100.

²⁷¹ NUNES, 2019, p. 154.

magistrado ao dar-lhe subsídios para opinar, orientar, criticar e interpretar o que lê. Ela também sugere modificações ao legislador, construindo e destruindo mitos e dogmas. Não obstante, no sistema jurídico brasileiro, a doutrina forma a base de conhecimentos dos profissionais, instruídos por ela nas escolas de Direito. A doutrina influi sobre operadores jurídicos pelas construções teóricas atuantes sobre a legislação e a jurisprudência no Brasil. Somente por meio da obra de estudiosos, é que se teria acesso a uma visão sistemática do Direito, pois apenas ler textos legais seria o mesmo que analisar um corpo sem alma, um tanto complexo e intangível.²⁷²

Paulo Nader elenca três funções primordiais da doutrina, considerando o processo de formação das leis, o processo de interpretação do Direito Positivo e a crítica aos institutos vigentes. As três funções seriam as seguintes: *atividade criadora*, a *função prática da doutrina* e a *atividade crítica*. Que serão explicadas abaixo:

A *atividade criadora* pressupõe que o Direito acompanharia toda a dinâmica existente na vida social, evoluindo mediante a formação de novos princípios. Isso denota uma atualização definitiva da ordem jurídica, substituindo antigos institutos por visões modernas embasadas na realidade vivenciada pelos juristas e introduzindo neologismos, conceitos novos, teorias e institutos ao mundo jurídico. A *função prática da doutrina*, diz respeito aos estudos relativos ao Direito Positivo são desenvolvidos com juristas, lidando com quantidade considerável de normas apregoadas em inúmeros textos legislativos. Para analisar as regras vigentes, o jurista precisaria fazer uma espécie de sistematização prévia, reunindo o conjunto das ocorrências relacionadas ao tema de sua pesquisa. A grande relevância disso reside no fato de que, a partir dessa sistematização, faz-se a interpretação do sentido e do alcance das disposições legais, selecionando as normas que ordenam o conhecimento jurídico.

A função *atividade crítica* presume que o papel dos juristas seria o de não se limitar apenas ao Direito vigente, sendo imprescindível submeter à legislação a juízos de valor e a apreciação sob diversas perspectivas. A partir dessa função deve acusar as falhas e as deficiências do Direito, do panorama racional, sociológico e ético, dentro de uma ótica dialética de oposições de diferentes doutrinas desse campo que se transformam em realidade. Nesse sentido, o confronto entre as teorias e as opiniões, em diversas correntes de pensamento, faz nascer um instrumento capaz de gerenciar as demandas da sociedade.²⁷³

Nesse ponto, nota-se, portanto, que a doutrina favorece o trabalho do legislador e assume a posição de fonte indireta do Direito, pois não apresenta força obrigatória, ou seja,

²⁷² VENOSA, 2016, p. 135.

²⁷³ NADER, 2014, p. 192.

não possui uma estrutura de poder – requisito indispensável para que as formas de manifestação do direito sejam configuradas.²⁷⁴ O papel da doutrina no constitucionalismo contemporâneo procura apresentar pontes entre a teoria e a prática, fornecendo aos operadores do direito as ferramentas capazes de melhor orientá-los nas resoluções dos problemas jurídicos.²⁷⁵ Na próxima subdivisão, será abordado o último dos aspectos elencados nesta pesquisa: a jurisprudência.

2.1.5 A jurisprudência

O vocábulo *jurisprudência* é de origem latina, tendo passado por variações de teor semântico no decorrer do tempo. Formado pelos termos *juris* e *prudência*, foi aplicado em Roma para denominar a ciência do direito e/ou a teoria da ordem jurídica. Na atualidade, o referido vocábulo é utilizado para demonstrar os precedentes judiciais.²⁷⁶

Para Sílvio Venosa, a jurisprudência significa, no ordenamento jurídico moderno, um conjunto de decisões dos tribunais. Entende-se, pois, que um único acórdão ou sentença não constituem jurisprudência, sendo parte da mesma se há um entendimento comum. Ela seria a base sobre a qual os juízes e os tribunais superiores se apoiariam para dar resposta às demandas da nação. Sendo algo construído de forma dinâmica pela sociedade, os diversos institutos jurídicos trazem respostas diferentes através da história. Por exemplo, a jurisprudência sobre matéria de posse ou propriedade do início do século XX. Ela é totalmente diversa nas sentenças do início do século XXI, pela mudança na compreensão e proteção da legislação constitucional que as preserva no decorrer de um século, e seguem mudando. Portanto, as decisões dos tribunais deveriam sempre se moldadas à luz das transformações sociais. Qualquer decisão pautada em valores passados ou futuros seria injusta, devendo o juiz decidir em conformidade com sua sociedade e seu tempo.²⁷⁷

O conceito moderno de jurisprudência possibilita compreendê-la tanto em sentido amplo quanto em sentido estrito. Em sentido amplo, é identificada como a coletânea de decisões proferidas por juízes e tribunais sobre determinada matéria e/ou fenômeno jurídico, sendo possível, a partir disso, acolher decisões uniformes.²⁷⁸ Em sentido estrito, jurisprudência pode ser compreendida como um conjunto de decisões que são análogas entre si, estáveis e contínuas dos tribunais, designadas a solução judicial de discussões que versem

²⁷⁴ NADER, 2014, p. 192.

²⁷⁵ NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 42.

²⁷⁶ NADER, 2014, p. 183.

²⁷⁷ VENOSA, 2016, p. 131.

²⁷⁸ VENOSA, 2016, p. 131.

a respeito de fatos casos similares.²⁷⁹ Sílvio Venosa entende que “ambos os padrões de exame da jurisprudência se tocam, pois cabe ao operador do Direito estar ciente de todas as correntes jurisprudenciais”²⁸⁰. Dessa forma, na atualidade, considera-se a jurisprudência como criadora do Direito, porque, ao ditar a sentença, o juiz interpreta a lei e isto lhe oferece inúmeras possibilidades, o que por si só estaria representando um ato de vontade.²⁸¹

Em matéria jurídica, a jurisprudência está sempre inovando, pois interpreta e aplica os preceitos normativos que, muitas vezes, diferenciam-se daquelas estritamente encontradas nas leis. Essa função normativa da jurisprudência tende a ser mais expressiva em casos de lacuna, isto é, omissão de lei expressa para demandas específicas.²⁸² Além disso, ao passar pela autoridade de coisas julgadas, estas demandas possuirão qualidade de precedentes obrigatórios para situações posteriores.²⁸³ Gustavo Garcia considera que a jurisprudência:

Deve ter certa *estabilidade*, evitando mudanças bruscas, repentinas, injustificadas, para que seja respeitada a segurança jurídica. Isso não significa, entretanto, a completa estagnação e a impossibilidade de evolução do entendimento jurisprudencial, o qual deve acompanhar a evolução social e jurídica. Exige-se da jurisprudência a *integridade*, de modo que as decisões dos juízes e tribunais estejam em consonância com o sistema jurídico, constituído, de forma harmônica, de regras e princípios, no qual merecem destaque os preceitos constitucionais. A jurisprudência, ainda, deve atender à necessidade de *coerência*. Nesse sentido, questões iguais devem ser tratadas e decididas com isonomia substancial, aplicando-se a mesma tese aos casos que envolvam idêntica questão jurídica, como forma de concretização da justiça.²⁸⁴ [grifo do texto].

Embora a jurisprudência ainda seja reconhecida como fonte subsidiária, seu importante papel não pode ser desprezado, pois, mesmo que não seja obrigatória, constitui um aspecto fundamental para a produção do Direito.²⁸⁵ Por fim, considerando os aspectos abordados, e sendo impossível ao legislador especificar integralmente todos os casos sujeitos de regulamentação diante de eventos futuros. Por isso, a próxima seção tratará das questões referentes à indeterminabilidade da norma em situações inéditas e o poder discricionário do julgador.

²⁷⁹ GARCIA, 2015, p. 78.

²⁸⁰ VENOSA, 2016, p. 131.

²⁸¹ DIAS, 2014, p. 98.

²⁸² GARCIA, 2015, p. 78.

²⁸³ DIAS. 2009, p. 98.

²⁸⁴ GARCIA, 2015, p. 78.

²⁸⁵ VENOSA, 2016, p. 131.

2.2 Casos difíceis e a discricionariedade judicial

Em relação aos *hard cases* ou *casos difíceis*, Hart reconhece que o Direito seria “fundamentalmente incompleto: não oferece nenhuma resposta aos problemas em pauta”²⁸⁶. Segundo ele, o poder conferido ao juiz para – nos casos difíceis – criar o direito, seria um *poder intersticial*. Nas palavras do autor:

É importante que os poderes de criação que eu atribuo aos juízes, para resolverem os casos parcialmente deixados por regular pelo direito, sejam *diferentes dos de um órgão legislativo: não só os poderes do juiz são objectos de muito constrangimento que estreitam a sua escolha, de que um órgão legislativo pode estar consideravelmente liberto, mas, uma vez que os poderes dos juízes são exercidos apenas para ele se libertar de casos concretos que urge resolver, ele não pode usá-los para introduzir reformas de larga escala ou novos códigos. Por isso, os seus poderes são intersticiais, e também estão sujeitos a muitos constrangimentos substantivos*. Apesar disso, haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correcta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com suas próprias crenças e valores. Mas se ele satisfizer estas condições, tem o direito de observar padrões e razões para a decisão, que não são ditadas pelo direito e podem diferir dos seguidos por outros juízes confrontados com casos difíceis semelhantes [grifo nosso].²⁸⁷

Nesse sentido, a dificuldade do legislador em legislar acerca de situações futuras, bem como a frustração do magistrado ao deparar-se com as inúmeras lacunas normativas, seriam exemplos constitutivos do universo jurídico. Ao considerar o fato de que sempre haverá casos juridicamente não regulados, Hart estaria admitindo o uso da *discricionariedade*, por parte do julgador. Mas, ele estaria considerando, também, que a precisão da linguagem humana é limitada e que isso atribuiria a todas as regras a possibilidade de incompletude ou uma *textura aberta* que, conseqüentemente, dificulta a aplicação do direito.²⁸⁸ Nessa lógica, essa margem de incerteza das regras resultaria da própria capacidade humana em relação aos eventos futuros, pois nenhum legislador, por mais detalhista que seja, teria a capacidade elaborar uma norma que contemple todos os eventos futuros.²⁸⁹ Para Hart, um dos fatores que levam o direito a apresentar uma textura aberta seriam os próprios limites da linguagem. Essa seria a principal diferenciação entre os *casos simples* e os *casos difíceis* na teoria hartiana.²⁹⁰

²⁸⁶ HART, 2011, p. 326.

²⁸⁷ HART, 2011, p. 336.

²⁸⁸ Cabe destacar que, em Hart, a noção de *textura aberta* do direito localiza a existência de casos difíceis – entre conflitos reais de normas jurídicas – onde a autoridade competente precisa exercer um poder discricionário no intuito de criar o direito, sempre balizado pela proporcionalidade. Saiba mais em: HART, 2011, p. 161-168.

²⁸⁹ HART, 2011, p. 141.

²⁹⁰ HART, 2011, p. 139-140.

A partir da consciência de que nem todas as situações poderiam ser previsíveis, a textura aberta, em Hart, pode ser identificada como a incerteza na aplicação da regra, sobretudo, diante de casos não previstos. Hart afirma que seja qual for a estratégia para difusão de padrões de comportamento, quer pelo precedente ou pela legislação, esses padrões se mostrariam imprecisos em algum momento, por funcionarem mais facilmente em uma amostra de casos comuns, quando tal aplicação for posta em dúvida. Desse modo, para ele terão o que se tem chamado de textura aberta.²⁹¹

Charles Bahia reforça que, para o positivismo analítico de Hart, a textura aberta do direito seria justamente a consequência da imprecisão linguística na qual se constitui as normas jurídicas.²⁹² Logo, se a normatividade que institui o direito tem a linguagem como fator preponderante na elaboração das normas jurídicas, a obscuridade que afeta linguagem, também, poderá atingir o direito, alcançando a esfera jurídica.²⁹³ Por isso, Hart entende que “nada pode eliminar essa dualidade entre um núcleo de certeza e uma penumbra de dúvida quando procuramos acomodar situações particulares ao âmbito de normas gerais. Isso confere a todas as normas uma margem de vagueza ou textura aberta”²⁹⁴.

Erika Dmitruk explica que:

Boa parte da teoria do Direito deste século tem-se caracterizado pela tomada de consciência progressiva das incertezas derivadas da linguagem. Mesmo as normas gerais e supostamente claras, podem ser objeto de dúvida quando da sua aplicação aos casos concretos. As diretrizes de interpretação, embora não possam eliminar tais incertezas, podem diminuí-las. Não se pode perder de vista que tais cânones interpretativos são eles próprios regras gerais sobre o uso da linguagem e utilizam termos gerais que, eles próprios exigem interpretação. Nos casos simples, a interpretação é feita de maneira não problemática. *Existirão casos no Direito em que a textura aberta de sua linguagem poderá ocasionar interpretações conflitantes, sem que nenhuma se sobreponha à outra. Nesta zona poderá surgir uma questão para a qual não haja uma única resposta, apenas respostas. Nestes casos o juiz fará um julgamento discricionário da matéria.* Apesar disso significar que no Supremo Tribunal a decisão tomada pelos juízes seja definitiva e dotada de autoridade, não se pode esquecer que mesmo os juízes do Supremo Tribunal são partes de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas para fornecer padrões de decisão judicial correta [grifo nosso].²⁹⁵

Antes de analisar o argumento da autora, é preciso considerar que, de acordo com Hart, o campo interpretativo fica mais livre para a discricionariedade do julgador,

²⁹¹ HART, 2011, p. 166.

²⁹² BAHIA, Charles N. Da textura aberta da linguagem à textura aberta do direito: o contributo de Wittgenstein e Waismann à filosofia jurídica de Hart. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 30, n. 2, p. 227-241, 2016. p. 229-230.

²⁹³ BAHIA, 2016, p. 235.

²⁹⁴ HART, 2011, p. 158.

²⁹⁵ DMITRUK, Erika J. O que é o direito? Uma análise a partir de Hart e Dworkin. *Revista jurídica da UniFil*, Londrina, a. 1, n. 1, p. 71-89, 2004. p. 79.

especialmente, quando este último está diante de uma situação em que a regra aplicável, lei ou precedente, apresenta textura aberta, ou nos casos onde a linguagem gere interpretações conflitantes, dificultando a resolução.²⁹⁶ Isto é, a normatividade que assegura uma margem de certeza é, também, aquela que se fragmenta diante da linguagem.²⁹⁷ Nesse sentido, Erika Dmitruk alega que: “diante da imprecisão da regra, o juiz não possui outra saída a não ser escolher prudentemente a opção que estime adequada. Nestas circunstâncias, como dito, o juiz não está aplicando o Direito, ele está criando o Direito”²⁹⁸. Isso indica que as decisões dos casos difíceis autorizam mais de uma interpretação jurídica, ou seja, o juiz age de forma discricionária, optando, assim, pela alternativa que considerar mais viável e/ou razoável, dentro das fronteiras estabelecidas pelo direito.²⁹⁹

Em face da incompletude e da textura aberta, seria necessário – mormente quando não regulamentados juridicamente – o exercício da discricionariedade nos tribunais, explica Hart.³⁰⁰ O magistrado não poderia, nesses casos, esquivar-se de julgar na hipótese do direito não prevendo uma solução clara, tampouco, encaminhar tais questões ao Poder Legislativo. O que implica na vedação da alegação de *non liquet*,³⁰¹ que se reportava o magistrado no âmbito do direito romano, porque esta não é admitida nos sistemas jurídicos vigentes – *common law* ou *civil law*.³⁰²

A textura aberta das normas autoriza os tribunais a elaborarem o direito de larga dimensão e relevância, na medida em que podem criar os precedentes, admitidos como fontes do Direito no sistema *common law*,³⁰³ como já mencionado anteriormente. Ademais, a decisão pronunciada em um tribunal sobre um fato em específico será definitiva, contudo, não impedirá que, posteriormente, a situação deliberada por tal decisão possa ser alterada na legislação.³⁰⁴

²⁹⁶ DMITRUK, 2004, p. 86.

²⁹⁷ BAHIA, 2011, p. 228.

²⁹⁸ DMITRUK, 2004, p. 86.

²⁹⁹ HART, 2011, p. 335.

³⁰⁰ HART, 2011, p. 326.

³⁰¹ A expressão latina *non liquet*, como explica George Marmelstein, “é uma abreviatura da frase ‘*iuravi mihi non liquere, atque ita iudicatu illo solutus sum*’, que significa mais ou menos isso: ‘jurei que o caso não estava claro o suficiente e, em consequência, fiquei livre daquele julgamento’. Ao declarar o ‘*non liquet*’, o juiz romano se eximia da obrigação de julgar os casos nos quais a resposta jurídica não era tão nítida”. MARMELSTEIN, George. O asno de Buridano, o *non liquet* e as *katchangas*. In: DIREITOS FUNDAMENTAIS [Site institucional] 07 de jan. de 2009. [online]. [n.p].

³⁰² KOZICKI, Katya; SANCHES, Fernanda K. C. O sentido de discricionariedade judicial visto a partir de Hart e o necessário diálogo com Dworkin. *Revista A Juris*, Porto Alegre, v. 39, n. 126, p. 89-112, 2012. [online]. p. 109.

³⁰³ KOZICKI; SANCHES, 2012, p. 99.

³⁰⁴ KOZICKI; SANCHES, 2012, p. 99.

Luiza Cademartori explica que um caso pode ser considerado difícil quando em torno dele pairam incertezas, seja em relação à existência de normas que podem ser contraditórias e que, conseqüentemente, motivam decisões contrárias entre si, ou simplesmente pelo fato de não existir uma norma específica que possa ser aplicável. Segundo a autora, um caso fácil pode ser identificado quando a subsunção de determinados fatos, sob uma determinada regra, não diverge dos princípios que regem aquele instituto, isto é, a solução do caso concreto estaria na simples adoção da regra que lhe diz respeito.³⁰⁵

Em relação à diferenciação entre *casos fáceis* e *casos difíceis*, Hart considera que toda expressão linguística demonstra um núcleo e uma zona de penumbra.³⁰⁶ Para ele, nesse núcleo encontram-se os casos fáceis, onde as expressões gerais que são manifestamente aplicáveis se adéquam facilmente a uma norma do ordenamento pátrio, logo, o caso em si não é capaz de suscitar dúvidas quanto à solução que dever ser arbitrada. Nesses casos, Hart explica que a linguagem da lei é esclarecedora ao ponto de dirimir quaisquer dúvidas referentes à aplicação da regra, isto significa que o conteúdo da regra impõe-se por si mesmo. Nessa ótica, a solução para esses casos pode ser encontrada através de um simples silogismo.³⁰⁷

Nas zonas de penumbra hartianas, estariam àqueles casos em que a interpretação é de difícil compreensão, e a aplicabilidade da regra não é inequívoca.³⁰⁸ Por conseguinte, incertezas em relação à aplicação da regra se fazem presente, de modo que nos casos difíceis a aplicação do silogismo não se demonstra viável, porquanto, segundo Hart, a linguagem da regra somente define aqueles exemplos dotados de autoridade que seriam aplicáveis aos casos sem complexidade. Nesses casos mais abstratos, não seria possível afirmar se a situação fática se adéqua ou não à expressão geral que a lei fomenta.³⁰⁹

Na sequência, Clara Abreu, revela que para Hart, os casos difíceis precisam ser solucionados. Assim, ainda que direito se demonstre falho na missão de prover uma resposta, o magistrado deve encontrar tal resposta/solução, pois este último não pode se esquivar de proferir um veredito a causa em litígio. Nesse sentido, Hart desconsidera, portanto, a possibilidade de que, havendo uma lacuna legal, o julgador direcione a questão sem regulamentação ao poder legislativo para tomar a decisão. Segundo Hart, existindo um caso

³⁰⁵ CADEMARTORI, Luiza V. Os casos difíceis e a discricionariedade judicial: uma abordagem a partir das teorias Deherbert Hart e Ronald Dworkin. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 10, n. 1, p. 215-228, 2005. [online]. p. 216.

³⁰⁶ CADEMARTORI, 2005, p. 219.

³⁰⁷ ABREU, Clara L. *Discricionariedade judicial em casos difíceis à luz do debate Hart vs. Dworkin*. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014. p. 46.

³⁰⁸ CADEMARTORI, 2005, p. 219.

³⁰⁹ ABREU, 2014, p. 46.

não regulamentado pelo direito, sem nenhum critério jurídico que aponte para uma solução plausível, o juiz é quem precisa decidir a questão, escolhendo entre as alternativas esquecidas pela lacuna legal. Assim, a inexistência de uma solução jurídica concederá ao juiz o poder discricionário amplo, que lhe autoriza solucionar a demanda por critérios de escolha entre um dos interesses que se demonstram conflitantes.³¹⁰

O pensamento de Hart ajuda a compreender que embora o direito não apresente soluções jurídicas para os casos difíceis, as decisões são tomadas a partir de escolhas. O que não significa dizer que seriam respostas juridicamente corretas, mas, simplesmente, respostas adequadas à solução do problema, ficando a critério do julgador escolher entre as alternativas que considerar mais cabíveis. Na ausência da regra legal, o juiz tem a legitimidade para despachar, conforme o seu próprio convencimento, e, assim, preencher a lacuna legal com a decisão que, até o momento de sua prolação, não é jurídica.³¹¹ Afinal, tem-se que, “seus poderes criadores, nada mais são que uma forma de poder legislativo delegado”³¹².

Nesse sentido, Carlos Colantonio alega que uma decisão discricionária do juiz seria uma das possibilidades não jurídicas à posição oficial da organização estatal. Em momento anterior a sentença o posicionamento do advogado, da parte e de qualquer outro cidadão era por si só legítima, pois em um caso controverso não haveria resposta definitiva. A partir da decisão do magistrado sobre a causa, através do poder discricionário, sua fundamentação se tornaria a opção legal e, dali em diante, a solução jurídica a eventos análogos.³¹³

Ou seja, ao decidir o caso difícil, utilizando-se da discricionariedade forte, estaria o juiz efetivamente, praticando o poder de criar ou complementar o direito em matéria que não tenha sido regulamenta, isto é, sem norma, o que nessa circunstancia, fará com que aquela decisão passe a ser um precedente judicial para as futuras situações análogas. Assim, quando “os tribunais resolvem questões anteriormente não encaradas, respeitando as regras constitucionais mais fundamentais, eles conseguem ver aceite a sua autoridade para decidir”³¹⁴. Por conseguinte, a resposta escolhida pelo juiz será a resposta válida doravante. A matéria que antes era controvertida se torna clara, porque o caso deixa de ser considerado difícil, passando a ser regulamentado pelo direito.³¹⁵ Luiza Silva compreende que:

A discricionariedade forte nada mais é do que uma margem de autonomia ao magistrado para estabelecer o resultado de uma decisão, o que não elide o seu dever

³¹⁰ ABREU, 2014, p. 46.

³¹¹ HART, 2011, p. 165.

³¹² HART, 2011, p. 167.

³¹³ COLANTONIO, 2011, p. 47.

³¹⁴ HART, 2011, p. 167.

³¹⁵ ABREU, 2014, p. 50.

de motivação, posto que discricionariedade, ainda que em sentido forte, não se confunde com arbitrariedade, isto é, com fundamentações espúrias e desmedidas.³¹⁶

Com efeito, ainda que soluções não jurídicas sejam aplicadas aos casos difíceis, na perspectiva do direito, são aceitáveis regularmente. Não importa qual seja a decisão do juiz, nos casos difíceis, sob o ponto de vista jurídico ela não será considerado errado, o que não impede de ser alvo de críticas de cunho moral.³¹⁷ Contudo, Igor Barbosa ressalta que: “dessa afirmação não decorre, necessariamente, a conclusão de que os juízes devem agir com discricionariedade nas ocasiões em que as regras não são claras, julgando sem nenhum critério, fazendo escolhas ao acaso”³¹⁸.

Ressalta-se, que Hart não consente com a ideia de um poder discricionário que seja utilizado como permissivo para a prolação de decisões arbitrárias, mas, reforça a necessidade de assegurar a racionalidade na atuação dos julgadores, ou seja, o juiz tem de atuar como um “legislador consciencioso”³¹⁹, com fundamentos detentores de razoabilidade. Isto significa que ao exercerem a discricionariedade, os juízes não deveriam agir sem compromisso.³²⁰

Nesse sentido, a atividade decisória do juiz não se dá apenas ao gosto da autoridade. Sua escolha deveria ter, no bom senso e em sua experiência, o aspecto culminante, sendo que tal escolha proporcionada pela textura aberta não é uma decisão frívola. Mas, ponderada, determinada pelo equilíbrio e em consideração às circunstâncias, aos interesses e aos conflitos que variam de caso a caso.³²¹

Em linhas gerais, a discricionariedade judicial auferida pelos juízes, na resolução de casos difíceis, à luz do pensamento de Hart, pressupõe que o magistrado não poderá se esquivar de proferir decisão em determinados casos sob o subterfúgio de serem difíceis ou não regulamentados pela lei. Além disso, o juiz, no exercício do poder discricionário, deve observar os parâmetros e as regras existentes, o que asseguraria e reforçaria a sua interpretação, respeitando, sobretudo, cada caso concreto a partir de suas especificidades. Entende-se, portanto, que o poder criador do juiz, uma vez indispensável, se ajusta a realidade contenciosa que se observa na contemporaneidade.

³¹⁶ SILVA, Luiza T. P.; VERBICARO, Dennis. O debate sobre a discricionariedade judicial à luz dos fundamentos de Herbert Hart e Ronald Dworkin. *Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade*, Florianópolis, v. 5, n. 2, p. 1-19, 2019. p. 7.

³¹⁷ ABREU, 2014, p. 50.

³¹⁸ BARBOSA, Igor A. R. Discricionariedade judicial no início do debate Hart/Dworkin. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, [s.l.], v. 14, n. 20, p. 29-48, 2016. p. 40.

³¹⁹ HART, 2011, p. 333-336.

³²⁰ HART, 2011, p. 333-336.

³²¹ COLANTONIO, Carlos O. *A racionalidade jurídica em Hart e em Dworkin*. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Departamento de Filosofia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 47.

2.3 O discurso religioso e as entidades religiosas nos debates judiciais

A *secularização* ou a *dessacralização* do mundo, da natureza e da sociedade representa um dos aspectos mais significativos da modernidade ocidental, segundo Sérgio Rodrigues. Para ele, tal processo foi marcado pela substituição absoluta do discurso religioso por um discurso racional. O discurso racional estaria fundamentado no discurso científico, que apresenta uma estrutura de conjectura, hipótese e validação pautada no conhecimento empírico.³²² Nas palavras do autor, “mesmo nas áreas do conhecimento nas quais o teste empírico não podia ser utilizado, exigiam-se então evidências empíricas suficientemente fortes para sustentar a hipótese”³²³. Além disso, Sérgio Rodrigues alega que:

No entendimento de Max Weber, a *progressiva racionalização da sociedade* iniciada como a modernidade, provocava e mesmo exigia o processo de secularização, pois o Estado não podia mais legitimar o seu poder recorrendo ao discurso religioso. Desta forma, a ação social se fundamentava agora em discursos racionais.³²⁴ [grifo do texto].

Para Habermas, *secularização* é “a transferência compulsória dos bens da igreja para o poder público secular”³²⁵. Ou seja, o termo estaria se identificando com o crescimento da esfera secular em relação ao domínio religioso, ao passo que a política, a economia, o direito, a ciência, etc., estariam gradualmente se afastando do controle da religião, formando-se a partir de um viés próprio, onde a religião estaria sendo transferida da esfera pública para o âmbito privado.³²⁶ Na análise de Wanderley Carvalho e Sérgio Mateus, “a religião sempre foi tema pertencente à área cinzenta do direito, principalmente pelo fato da ciência jurídica, ao longo da história, ter procurado exercer um constante distanciamento, que pudesse imunizá-la dessa ‘maléfica influência cultural’”³²⁷.

No entanto, a história evidencia que os efeitos da secularização bem como os diversos discursos modernos que sustentavam a ideia de uma superação definitiva da religião – com a supremacia da racionalidade e da técnica – não se sustentaram e a religião permanece ocupando espaços significativos no universo público. Por isso, Habermas reconhece a

³²² RODRIGUES, Sérgio M. A validade do discurso religioso na esfera pública. *Revista VirtuaJus*, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p. 78-92, 2018. p. 79.

³²³ RODRIGUES, 2018, p. 79.

³²⁴ RODRIGUES, 2018, p. 79.

³²⁵ HABERMAS, 2013, p. 5.

³²⁶ KNAPP, Markus. Fé e saber em Jürgen Habermas: a religião numa sociedade “pós-secular”. *Revista Interações*, Uberlândia, v. 6, n. 10, p.179-192, 2011. p. 180.

³²⁷ MATEUS, Sérgio; CARVALHO, Wanderley T. Conflito de direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana e direito à vida: influência do fenômeno religioso no direito. *Revista Ambiente: Gestão e Desenvolvimento*, Boa Vista, v. 9, n. 2, p. 93-113, 2016. p. 96.

necessidade de uma revisão da teoria da secularização.³²⁸ Segundo Souza, o sociólogo da religião Peter Berger – que em 1969 defendia a tese da *secularização* –, no final de 1980, “estava bastante seguro de que os dados empíricos sobre o significado da religião no mundo atual não sustentavam mais a tese de secularização”³²⁹. Souza explica que, no final do século XX, Berger passaria a considerar a ideia da *dessecularização*, compreendendo que a exclusão da religião, na subjetividade moderna, seria apenas uma das inúmeras narrativas possíveis, mas, não a única existente.³³⁰ É o que expressa, também, Markus Knapp, quando afirma o seguinte:

O processo de secularização moderno, que certamente trouxe benefícios consideráveis, não raro nutriu, de acordo com a expectativa de muitos, a convicção de que a religião seria cada vez mais marginalizada ou quem sabe desaparecesse completamente. Mas foi exatamente isso que não aconteceu. Da perspectiva de Habermas, coloca-se um complexo de problemas bem determinado, que torna necessário refletir de um modo novo sobre a relação entre a sociedade e a religião.³³¹

Na esteira do pensamento habermasiano, o reexame da tese da secularização é importante e necessária, porque as questões voltadas à religião se mostram cada vez mais presentes no cotidiano das sociedades democráticas. Com efeito, a possibilidade de uma sociedade pós-moderna totalmente secularizada, em que a religião se encontraria restrita as esferas interpessoais e privadas, e sem nenhum impacto significativo no âmbito do poder público, revelou-se improvável na primeira década do século XXI.³³² Segundo Markus Knapp:

Hoje, constatamos uma nova atenção voltada para a religião: não só na esfera da vida privada, mas especialmente também na esfera pública social. É no interior desse contexto que Habermas fala de uma sociedade pós-secular. A esse contexto subjaz a observação de que a relação da sociedade secularizada com a religião mudou, e que vem à tona uma forma nova e modificada de tensão entre ambas. Enquanto expressão dessa mudança de situação na consciência da sociedade secularizada temos, por assim dizer, como um presságio à porta de entrada do século 21, os acontecimentos do 11 de setembro de 2001. Eles mostram inequivocamente que, no mundo globalizado, embora toda secularização, a religião permanece um poder significativo e oferece um potencial violento de motivação.³³³

³²⁸ GABRIEL, José L. *Religião e a esfera pública no estado laico brasileiro: à luz de Habermas e do direito*. Dissertação (Mestrado em Ciências das Religiões) – Programa de Pós-Graduação em Ciências das Religiões, Faculdade Unida de Vitória, Vitória, 2016. p. 57.

³²⁹ SOUZA, Draiton G.. *Religião e sociedade pós-secular no pensamento de Habermas*. *Revista RECHTD*, São Leopoldo, v. 7, n. 3, p. 278-284, 2015. p. 282.

³³⁰ SOUZA, 2015, p. 282.

³³¹ KNAPP, 2011, p. 179.

³³² SOUZA, 2015, p. 282.

³³³ KNAPP, 2011, p. 181.

Habermas, desse modo, demonstra uma preocupação intensa com o rumo que vem tomando o debate acerca da religião e dos seus efeitos na sociedade.³³⁴ Ele constata a necessidade de se observar e respeitar a presença das religiões nas questões relacionadas aos interesses da sociedade e, por isso, aponta para a emergência do estabelecimento de um diálogo entre as culturas contemporâneas. Desse modo, não seria adequado desconsiderar a presença das religiões das esferas públicas hodiernas ou ignorar seu papel na definição da identidade, não apenas individual, mas, também, social.³³⁵ Nas palavras de José Gabriel, “as religiões sobreviveram ao secularismo moderno e se adéquam às condições sociais atuais. Estão vivas e dispostas aos embates discursivos nos espaços de fala”³³⁶.

Habermas compreende que a participação de todos/as os/as cidadãos/ãs – independente da forma de organização social ou entidade de representação – está intrinsecamente associada à democracia contemporânea. Por isso, ele alega que até mesmo os/as cidadãos/ãs religiosos/as podem participar e contribuir nos debates públicos, através de suas instituições religiosas.³³⁷ Em suas palavras:

A neutralidade ideológica do poder do Estado que garante as mesmas liberdades éticas a todos os cidadãos é incompatível com a generalização política de uma visão do mundo secularizada. Em seu papel de cidadãos do Estado, os cidadãos secularizados não podem nem contestar em princípio o potencial de verdade das visões religiosas do mundo, nem negar aos concidadãos religiosos o direito de contribuir para os debates públicos servindo-se de uma linguagem religiosa.³³⁸

Trata-se de um *processo de aprendizagem complementar* em que, na análise de Habermas, os/as cidadãos/ãs religiosos e os/as não religiosos “levam a sério, reciprocamente, suas contribuições sobre temas controversos na esfera pública, portanto, também por razões cognitivas”³³⁹. Ele ainda explica que:

A invenção do Estado constitucional moderno também deve servir para a criação de possibilidades para um pluralismo religioso pacífico. Somente o exercício de um poder secular estruturado num Estado de direito, neutro do ponto de vista das imagens de mundo, está preparado para garantir a convivência tolerante, e com igualdade de direitos, de comunidades de fé diferentes que, na substância de suas doutrinas e visões de mundo, continuam irreconciliáveis. [...] a tarefa do Estado constitucional, que consiste na proteção de seus cidadãos, sejam eles religiosos ou não religiosos, não pode ser cumprida quando estes, no seu convívio cidadão, têm de se contentar apenas com um determinado *modus vivendi*: é necessário que eles

³³⁴ KNAPP, 2011, p. 181.

³³⁵ GABRIEL, 2016, p. 57.

³³⁶ GABRIEL, 2016, p. 57.

³³⁷ HABERMAS, Jürgen; RATZINGER, Joseph. *Dialética da secularização: sobre razão e religião*. 3. ed. São Paulo: Ideias & Letras, 2007. p. 57.

³³⁸ HABERMAS; RATZINGER, 2007, p. 57.

³³⁹ KNAPP, 2011, p. 186.

estejam, além disso, convictos da necessidade de viver em uma ordem democrática.³⁴⁰

Souza explica que para Habermas a neutralidade, em termos de mundividências distintas, “não se coaduna com a generalização política de uma visão de mundo secularista”³⁴¹. Pois para ele, os/as cidadãos/ãs secularizados/as não podem “negar que haja, em princípio, um potencial de racionalidade embutido nas cosmovisões religiosas, nem contestar o direito dos concidadãos religiosos a dar, em uma linguagem religiosa, contribuições para discussões públicas”³⁴². Nesse sentido, as convicções das entidades religiosas não necessariamente precisariam se restringir aos muros institucionais. Ao contrário, à luz do pensamento habermasiano, seria salutar que, na esfera pública, a voz da religião pudesse encontrar ressonância, apresentando matérias para o debate acerca de temáticas de interesse comum e, assim, fomentar uma opinião pública que possua legitimidade.³⁴³

Habermas estaria endossando a participação da religião nos debates institucionais na seguinte perspectiva:

O princípio da separação entre Igreja e Estado obriga os políticos e funcionários no interior das instituições estatais a formular e a justificar as leis, as decisões judiciais, as ordens e medidas em uma linguagem acessível a todos os cidadãos. De outro lado, porém, na esfera pública política, cidadãos, partidos políticos e seus candidatos, organizações sociais, igrejas e outras comunidades religiosas não estão submetidos a uma reserva tão estrita. *‘Em primeiro lugar, as doutrinas razoáveis e compreensivas, sejam elas religiosas ou não religiosas, podem ser introduzidas, a qualquer momento, na discussão pública política, desde que sejam apresentadas, no devido tempo, argumentos políticos apropriados – e não razões exclusivas de doutrinas compreensivas – os quais devem ser capazes de suportar tudo aquilo que se diz que as doutrinas compreensivas suportam’*. Isso significa que os argumentos políticos aduzidos, além de serem (empurrados para frente) também ‘contam’ fora de seu contexto de inserção religioso.³⁴⁴ [grifo do texto].

Seria substancial, dessa forma, a participação das instituições religiosas – bem como daqueles/as que a elas não estão vinculados – nos debates públicos. Isto é, seria a partir de uma participação respeitável e tolerante uns para com os/as outros/as, com condutas transigentes, flexíveis e abertas aos debates, que, seguramente, as organizações religiosas poderiam figurar como instituições aptas adentrarem para os debates no espaço público. Para Sérgio Rodrigues, mesmo que o objetivo inicial das religiões esteja pautado em uma

³⁴⁰ HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007. p. 9.

³⁴¹ SOUZA, 2015, p. 283.

³⁴² SOUZA, 2015, p. 282.

³⁴³ RODRIGUES, 2018, p. 82-83.

³⁴⁴ HABERMAS, 2007, p. 138-139.

argumentação clara, prudente e fundamentada acerca de suas concepções e orientações, é possível que, involuntariamente, a expansão da fé aconteça.³⁴⁵

O Estado, por sua vez, careceria de adotar medidas eficientes para superar eventuais conflitos. Por exemplo, certas disputas que podem surgir a partir da dicotomia entre saber e fé. Habermas entende que:

No conflito entre as pretensões do saber e as pretensões da fé, o Estado, sendo neutro no que diz respeito às visões de mundo, não tem qualquer predisposição a tomar decisões políticas em favor desta ou daquela parte. A razão pluralizada do público constituído pelos cidadãos do Estado só segue uma dinâmica de secularização na medida em que força, no resultado, a um distanciamento igual em relação às tradições fortes e aos conteúdos impregnados de visões de mundo. Sem renunciar à sua autonomia, ela permanece, contudo, aberta, como que osmoticamente, para a possibilidade de aprender com ambas as partes do conflito.³⁴⁶

Ademais, Habermas não aponta para suspeitas de legitimidade no discurso religioso, mas, acredita que a razão precisa estar aberta para filtrar os valores e as contribuições advindas tanto das pretensões religiosas quanto dos conteúdos seculares.³⁴⁷ Nesse sentido:

A auto-compreensão secular da sociedade não deve ser deslocada para a cabeça dos religiosos. Para Habermas, o senso comum democraticamente esclarecido acaba por descrever a constituição mental de uma esfera pública com muitas vozes, ou seja, deve haver espaço tanto para o senso comum quanto para crentes e não-crentes. Afirma nosso filósofo que as majorias seculares, quando numa discussão aberta a todos, não devem chegar a conclusões ‘antes de dar ouvidos à objeção dos oponentes que se sentem lesados em suas convicções religiosas; elas devem considerar essa objeção como uma espécie de veto suspensivo e verificar o que podem aprender com isso’.³⁴⁸

Ou seja, aos/às cidadãos/ãs religiosos e aos/às cidadãos/ãs secularizados, aplica-se a mesma lógica democrática. Com isso, não apenas os/as cidadãos/ãs religiosos/as estariam impossibilitados/as pela laicidade estatal de ditar suas concepções na esfera pública, sem que elas tenham sido legitimadas, uma vez que não se exige “apenas dos crentes que entendam, em suas relações com os descrentes e os crentes de outras religiões, que precisam contar sensatamente com a continuidade do dissenso, pois uma cultura política liberal exige a mesma compreensão dos descrentes no relacionamento com os religiosos”³⁴⁹. A relação entre cidadãos/ãs crentes e cidadãos/ãs não crentes deveria, nesses termos, acontecer em um

³⁴⁵ RODRIGUES, 2016, p. 82-83.

³⁴⁶ HABERMAS, 2013, p. 8.

³⁴⁷ DAVID, Ricardo M. C. *Habermas e a religião na esfera pública: fundamentos para o convívio de cidadãos seculares e religiosos no Estado democrático*. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Centro de Ciências Humanas e Naturais, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2016. p. 60.

³⁴⁸ DAVID, 2016, p. 60.

³⁴⁹ HABERMAS; RATZINGER, 2007, p. 55.

ambiente democrático no qual o Estado laico seja capaz de garantir a liberdade religiosa para que, assim, os indivíduos possam debater sobre temas importantes para a sociedade.³⁵⁰

No entanto, Habermas acredita que a intervenção pública dos indivíduos religiosos deveria estar vinculada ao *uso da razão*, e que as argumentações de viés religioso carecem de ser traduzidas para uma linguagem acessível a todos/as – isto é, para a linguagem dos argumentos racionais. O que significa que o *conteúdo de verdade* das religiões precisaria condizer com o objeto da verdade da moral racional. Nesse sentido, os argumentos que não podem ser tradutíveis para a linguagem dos argumentos de ordem racional não poderiam ser utilizados de forma legítima para fundamentar as decisões institucionais.³⁵¹

Nas palavras de Souza, Habermas estaria operando, desse modo, “uma funcionalização da religião que estará, então, a serviço da razão: em caso de conflito entre fé e razão numa sociedade pós-secular, a razão evidentemente terá a primazia, enquanto, em certos autores escolásticos, afirmava-se o primado da fé”³⁵². Nesse caso, à luz do pensamento habermasiano, a religião estaria sendo instrumentalizada para fins racionais.³⁵³

Em relação aos discursos religiosos, é possível identificar que, para Habermas, apenas os discursos políticos, com duas principais características, a saber, a falibilidade e o uso público da razão, podem ser admitidos na esfera pública. O que não significa a exclusão das entidades religiosas ou do discurso religioso da esfera pública. Habermas compreende que, em muitas situações, o que está em pauta não seriam necessariamente as proposições inegociáveis dos discursos religiosos. Por vezes, tais proposições, através dos processos de aprendizagem mútua, já teriam sido incorporadas ao discurso racional laico.³⁵⁴

Um exemplo concreto do que se mencionou acima seria a questão do aborto. Não é impossível que as entidades religiosas se apresentem na esfera pública, argumentando pela inviolabilidade da vida humana. Nesse caso, o interesse do debate não consiste em saber se a *inviolabilidade* está baseada em dogma religioso, mas, sim na possibilidade de ser sustentada por argumentos racionais – uso público da razão. O que significa que em um debate onde se levantam questionamentos a partir de *verdades religiosas* inegociáveis, tais verdades deverão ser questionadas, pois, na ótica de Habermas, a prevalência da falibilidade dos discursos públicos em uma ordem democrática deveria ser majoritária.³⁵⁵

³⁵⁰ RODRIGUES, 2018, p. 87.

³⁵¹ SOUZA, 2015, p. 283.

³⁵² SOUZA, 2015, p. 283.

³⁵³ SOUZA, 2015, p. 283.

³⁵⁴ RODRIGUES, 2018, p. 78-90.

³⁵⁵ HABERMAS, 2007, p. 138-139.

Nesse sentido, o discurso religioso, ao não aceitar o princípio da falibilidade de modo irrestrito, torna-se inadequado em um país que garante a liberdade religiosa de todos/as os/as cidadãos/ãs.³⁵⁶ Há que se considerar que a relação entre religião e espaço público foi muito alterada pelo secularismo moderno. Normalmente, um clima de conflito emerge quando surge esse tema, colocando uma polarização entre os defensores de um racionalismo, sem qualquer manifestação religiosa nos espaços públicos, e os defensores de visões de mundo fundadas a partir de fundamentos religiosos.³⁵⁷

Uma saída para esse impasse seria a ampliação do escopo de atuação da liberdade religiosa e uma compreensão condizente do conceito da laicidade do Estado. Faz-se necessário entender a laicidade como isenção do Estado em relação às questões religiosas, a tal ponto que o Estado possa ser garantidor do debate entre os grupos que concorrem pela causa sob sua jurisdição. O Estado brasileiro tem a laicidade como princípio constitucional, estando obrigado a se posicionar de modo equidistante sobre toda manifestação religiosa e antirreligiosa. Por outro lado, os religiosos e os racionalistas deveriam respeitar os trâmites propondo ideias em momentos adequados durante o processo para que, assim, os conceitos habermasianos apresentados sejam úteis para a compreensão do caso brasileiro de trato com a laicidade.³⁵⁸

Depreende-se, pois, que os argumentos que são encaminhados ao STF, por exemplo, para apreciação de demandas que versem sobre questões morais expressivas de grande repercussão, devem admitir a participação das entidades religiosas no debate.³⁵⁹ Tais comunidades, são detentoras da mesma liberdade de expressão de outras instituições não religiosas, que solicitam o direito de fala e assim arrazoam os debates judiciais, estando à disposição para tal guarnecida pela força constitucional da liberdade religiosa juntamente com os fundamentos jurídicos de um Estado laico.³⁶⁰ Entretanto, tal garantia constitucional não é absoluta e não poderia atuar como pretexto para que qualquer grupo religioso pudesse impor seus pressupostos. Mas, a liberdade religiosa deveria ser vivenciada à luz dos valores constitucionais e, nesse sentido, ancorar-se no pensamento habermasiano. As entidades religiosas, portanto, jamais deveriam se posicionar de forma intransigente, mas, assumir o compromisso de cumprir com rigor as regras do jogo democrático.

³⁵⁶ RODRIGUES, 2018, p. 78-90.

³⁵⁷ GABRIEL, 2016, p. 6.

³⁵⁸ GABRIEL, 2016, p. 6.

³⁵⁹ BERNARDES, Cláudia C. *A influência das organizações religiosas junto ao parlamento e órgãos judiciais e seu impacto na democracia*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL, Curitiba, 2014. p. 98.

³⁶⁰ BERNARDES, 2014, p. 98.

2.3.1 Entidades religiosas como *amicus curiae*

O controle de constitucionalidade brasileiro pode ser considerado o mais sofisticado em nível mundial. Para Massuchin e Portes, isso se dá pelo fato de que a Constituição Federal de 1988 permite duas possibilidades para tal controle: *o difuso* – operado por qualquer juiz ou tribunal – e *o concentrado* – exercido somente pelo Supremo Tribunal Federal (STF), onde a Corte analisa de forma prática a compatibilidade da lei ou ato normativo com o texto constitucional.³⁶¹

Segundo Barbara Massuchin, atualmente, o Brasil passa por um momento de pluralização, que estaria sendo impulsionado pela doutrina, em defesa de uma abertura hermenêutica para outros/as intérpretes. Ou seja, a pluralização não se restringe apenas aos onze ministros e/ou às partes diretamente vinculadas ao processo. Isso significa que a jurisprudência estaria demonstrando certo interesse pela ampliação do debate e, ao mesmo tempo, apoiando a oitiva de pessoas de outras áreas do saber nesses debates.³⁶²

No intuito de ampliar o espaço de participação da sociedade para o aperfeiçoamento da justiça, o *amicus curiae* foi introduzido no Novo Código de Processo Civil (NCPC). A hipótese geral tratada pelo NCPC se aglutina a outras já existentes em legislação esparsa e anterior como, por exemplo, a lei nº 9.868/99 (ação direta de inconstitucionalidade a ação declaratória de constitucionalidade), tal como a lei de nº 9.882/99 – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).³⁶³

A priori, à luz da legislação, o *amicus curiae* é um terceiro que, de maneira espontânea, por solicitação da parte envolvida ou por chamado do órgão jurisdicional, se apresenta no processo para fornecer elementos capazes de aprimorar a decisão a ser proferida de modo a dar-lhes maiores subsídios e embasamento. Com isso, tem-se a chance de decisões mais justas e convergentes com maior garantia de se alcançar a plenitude da tutela jurisdicional.³⁶⁴ Portanto, faz-se necessário que o *amicus curiae* seja alguém capaz de representar de forma adequada a proteção do interesse almejado no processo.³⁶⁵

³⁶¹ MASSUCHIN, Barbara A.; PORTES, Maira. Amicus Curiae: a democratização do debate nos processos de controle concentrado de constitucionalidade. *Revista Ius Gentium*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 191-250, 2010. p. 192.

³⁶² MASSUCHIN; PORTES, 2010, p. 192.

³⁶³ DIDIER JR, Fredier. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17 ed. Salvador: JusPodvm, 2015. p. 252.

³⁶⁴ DIDIER JR, 2015, p. 522.

³⁶⁵ CÂMARA, Alexandre F. A intervenção do *amicus curiae* no Novo CPC. In: GENJURÍDICO [Site institucional]. 23 out. 2015. [online]. [n.p.].

A intervenção do *amicus curiae* aprimorou-se: não mais se identifica previamente quem deva ser o auxiliar (que pode ser qualquer um, desde que tenha representatividade e possa contribuir a solução da causa) e se permite a intervenção espontânea do *amicus curiae*.³⁶⁶ [grifo do texto].

Em relação à plausibilidade e ao momento de intervenção do *amicus curiae*, desde que se trate de causa relevante, tema específico ou de repercussão geral, é considerado um recurso admissível em qualquer processo.³⁶⁷

Em tese, admite-se a intervenção em qualquer fase processual ou grau de jurisdição. A lei não fixa limite temporal para a participação do *amicus curiae*. A sua admissão no processo é pautada na sua aptidão em contribuir. Assim, apenas reflexamente a fase processual é relevante: será descartada a intervenção se, naquele momento, a apresentação de subsídios instrutórios fáticos ou jurídicos já não tiver mais nenhuma relevância.³⁶⁸

Como dito acima, o *amicus curiae* é um terceiro que intervém na lide e que pode ser admitido em qualquer etapa processual. Podendo ser, conforme determina o artigo 138, caput do CPC, pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade. No entanto, ainda segundo o diploma legal, é necessário que o *amicus curiae* tenha representatividade efetiva, isto é, possua alguma ligação com a questão em litígio, de modo que possa contribuir para a solução.³⁶⁹

A adequação da representação será avaliada a partir da relação entre o *amicus curiae* e a relação jurídica litigiosa. Uma associação científica possui representatividade adequada para a discussão de temas relacionados à atividade científica que patrocina; um antropólogo renomado pode colaborar, por exemplo, com questões relacionadas aos povos indígenas; uma entidade de classe pode ajudar na solução de questão que diga respeito à atividade profissional que ele representa, etc.³⁷⁰ [grifo do texto].

Nesse sentido, o que interessa é a aptidão do *amicus curiae* para colaborar com o Judiciário. Não se pode negar que a existência de um interesse na matéria debatida no processo faça do terceiro uma pessoa preminentemente preparada para disponibilizar subsídios úteis. Não é incomum, por exemplo, que uma dada entidade de classe – justamente porque seus membros possuem interesse em apreciar a interpretação ou a validade de determinada norma – regularmente desenvolva seminários, estudos ou colete avaliações de especialistas acerca do assunto. Esse conjunto, muitas vezes advindo de interesses específicos da entidade e de seus integrantes, propende a ser de grande relevância para a solução do

³⁶⁶ DIDIER, 2015, p. 522.

³⁶⁷ DIDIER, 2015, p. 523.

³⁶⁸ TALAMANI, Eduardo. *Amicus curiae* no CPC/15. In: MIGALHAS [Site institucional]. 01 mar. 2016. [online]. [n.p.].

³⁶⁹ DIDIER, 2015, p. 523.

³⁷⁰ DIDIER, 2015, p. 523.

processo, onde o julgador estará incumbido de examinar e, assim, filtrar o que é pertinente ou não para o caso.³⁷¹

O caso da ação direta de inconstitucionalidade – ADI 3510 –, em que se discutia no STF a constitucionalidade da realização de pesquisas científicas com o emprego de células-tronco embrionárias, configura um exemplo. Nesse caso, foram admitidos como *amicus curiae* a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e o Movimento em prol da vida (MOVITAE), entre outros.³⁷²

Outro exemplo de participação de entidades religiosas nos debates públicos – mais especificamente junto ao STF – foi o julgamento da ADPF nº 054/DF, que abordava a possibilidade ou não da realização de aborto de fetos anencefálicos. Nesta ação, a CNBB, a Igreja Universal do Reino de Deus (IURD) e a Associação Espirita Internacional (CEPA), atuaram, a partir de um ponto de vista religioso, como *amicus curiae*.³⁷³

Nos dois exemplos mencionados, a despeito da presença e da participação de entidades religiosas, as demandas dessas instituições não foram aceitas nas decisões do tribunal. Mas, merece destaque o seguinte:

O que chama a atenção nas manifestações, mais uma vez, é a utilização de argumentos em uma linguagem extrarreligiosa pelos representantes de entidades que, em sua essência, visam à preservação e à manutenção dos seus valores religiosos. Não se invocou, em nenhuma das falas, preceito de índole confessional, como citações de textos sagrados ou mandamentos emanados de qualquer divindade. Esse fato é compreensível, pois as tradições das mais diversas nuances religiosas possuem conteúdos que podem ser traduzidos para uma linguagem universal, acessível a todos. Afinal, a dignidade humana, a fraternidade, o amor e o respeito ao próximo e inalienabilidade do direito à vida, dentre tantos outros valores pertinentes aos mais diversos seguimentos religiosos, acabam por se transformar em valores públicos, não exclusivos das religiões.³⁷⁴

Embora as decisões tenham sido em sentido diverso do pleiteado pelas entidades, em um dos votos contidos na ADPF 54 – interrupção de gravidez de fetos anencefálicos –, o voto do Ministro Gilmar Mendes, ao referir-se a atuação das entidades religiosas nos debates públicos, mostrou-se relevante para as entidades religiosas. Gilmar Mendes afirmou que:

A laicidade do Estado não impede que organizações religiosas possam participar e se manifestar nos debates públicos e não somente a razões religiosas [destacando que] a participação dos diferentes grupos em processos judiciais de grande significado para toda a sociedade cumpre uma função de integração extremamente

³⁷¹ TALAMINI, 2016, [n.p.].

³⁷² CÂMARA, 2015, [n.p.].

³⁷³ VIEIRA, Reinaldo F. *O sagrado e o profano imbricados: análise da laicidade no Estado Brasileiro a partir da expressão “Deus seja louvado” nas cédulas de real*. Dissertação (Mestrado em Ciências das Religiões) – Programa de Pós-Graduação em Ciências das Religiões, Faculdade Unida de Vitória, Vitória, 2016. p. 108.

³⁷⁴ VIEIRA, 2016, p. 109.

relevante no Estado de Direito [e que] ao ter acesso a essa pluralidade de visões, o STF passa a contar com os benefícios decorrentes dos subsídios técnicos, implicações político jurídicas e elementos de repercussão econômica que possam vira a ser apresentados pelos ‘amigos da corte’. [Não seria] razoável a ausência, nesse julgamento de entidades da sociedade como a CNBB e ONG’s.³⁷⁵

Segundo Reinaldo Vieira:

Considerando-se as ações apresentadas, verifica-se que a atuação das entidades representativas de seguimentos religiosos foi referendada pelo STF, certamente por considerar as tais como portadoras de discursos válidos, racionais e, portanto, suscetíveis de apreciação, análise crítica e julgamento. Reforce-se o fato de que nos casos em tela, embora não tenham sido vencedores, os argumentos foram empregados numa linguagem aberta e plural, suscetível de entendimento tanto pelos religiosos quanto por aqueles que não o são.³⁷⁶

Portanto, a possibilidade das confissões religiosas assumirem a qualidade de *amicus curiae* – desde que sejam atendidos os dois requisitos do instituto: a representatividade adequada e a relevância da matéria levada à discussão e decisão – demonstra que o Estado democrático, na sua constituição e desenvolvimento, não olvida o elemento religioso.³⁷⁷ O STF vem admitindo membros da sociedade civil e de instituições representativas dos setores da sociedade, que se consideram afetados pela matéria em debate – como foi o caso das entidades religiosas, por se tratar de questão que interfere diretamente no âmbito de atuação de cada uma delas –, na condição de *amicus curiae*.³⁷⁸

A pesquisa não se interessa por um estudo extensivo sobre o instituto, mas, apenas quer enfatizar sua potencialidade enquanto instrumento de mobilização do direito. Apontaram-se somente algumas de suas características. Mas, vale ressaltar que o órgão jurisdicional não fica vinculado à manifestação do *amicus curiae*, o que não significa permissividade para ignorar as manifestações elencadas, devendo, portanto, “no processo em que há intervenção do *amicus curiae*, a decisão enfrentar as alegações por eles apresentadas”³⁷⁹, sob a pena de tornar inócua a intervenção dos mesmos, além de violação ao contraditório.³⁸⁰

³⁷⁵ MACHADO, Igor S. A religião nas decisões de controle de constitucionalidade no Brasil: uma análise das possíveis consequências da PEC 99/11. *Revista Estudos de Sociologia*, Araraquara, v. 23, n. 45, p. 101-121, 2018. p. 111.

³⁷⁶ VIEIRA, 2016, p. 109.

³⁷⁷ MELO FILHO, João A. B. V. *Interpretação da Constituição e religião: uma contribuição possível*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2010. p. 81.

³⁷⁸ MASSUCHIN; PORTES, 2010, p. 203.

³⁷⁹ DIDIER, 2015, p. 526.

³⁸⁰ DIDIER, 2015, p. 526.

3 O TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL DO STF ENVOLVENDO A CONVICÇÃO RELIGIOSA E LAICIDADE ESTATAL: CASOS EMBLEMÁTICOS

Este capítulo pretende abordar alguns casos emblemáticos que tocam os elementos ligados à convicção religiosa e a laicidade estatal no STF, sobretudo, os eventos em que as entidades religiosas tenham se manifestado – seja através de participação em audiências públicas e/ou atuando como *amicus curiae*. Procura verificar em que medida a laicidade estatal se manifesta como um argumento para decidir os casos que versem sobre a liberdade religiosa, observando se a declaração de *Estado laico* e/ou *liberdade religiosa* representa ou não um argumento que compõe a fundamentação nas demandas apresentadas pelas entidades religiosas, bem como na votação realizada entre os ministros.

Em suma, o capítulo procura analisar o tema da liberdade religiosa, considerando a pauta do STF, enfatizando como a declaração da *laicidade estatal* estaria se inserindo nessas demandas, o que toca de alguma forma a liberdade de religião. A análise, de modo geral, quer observar a centralidade nessa expressão, ou seja, a laicidade seria o argumento principal ou secundário? Ela teria sido realmente enfrentada e considerada, ou apenas genericamente mencionada?

É importante mencionar que no campo de análise jurisprudencial do STF, há farto material. Para efeito da presente abordagem foi necessário delimitar o universo da pesquisa, nesse sentido, adotou-se o critério de definição de julgados de maior repercussão para a análise sociojurídica brasileira estabelecido por Ponzilacqua, os quais segundo o autor seriam três: aborto em caso de anencefalia; inconstitucionalidade do art. 5, da lei de biossegurança nacional – Lei nº 11.105/2005 –, que, em termos mais compreensíveis, pode ser entendido como a negação e/ou a violação do direito à vida e à dignidade da pessoa humana; e o reconhecimento da união civil para casais homoafetivos. O que, de certa forma, são discussões inerentes ao campo da bioética em diálogo profundo com a área do direito.³⁸¹

3.1 Uso de células-tronco embrionárias: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510

Esta seção se debruçará sobre o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade, doravante ADI 3510, que preconiza a possibilidade de utilização de embriões – resultantes de

³⁸¹ PONZILACQUA, 2016, p. 30.

fertilização *in vitro* – para a realização de pesquisas com células-tronco.³⁸² Antes de apresentar essa discussão, é preciso considerar que, em 2008, o STF foi incitado a apreciar a constitucionalidade da recém-aprovada Lei nº 11.105/2005, que dispõe acerca da política nacional de biossegurança e autorizava, para fins de estudo e de terapia, o aproveitamento de células-tronco advindas de embriões humanos, desenvolvidos no processo de fertilização *in vitro*, não manipulados nesse procedimento.³⁸³ Embora a lei autorizasse, no processo de fertilização, apenas o manuseio de embriões *descartáveis*, por assim dizer, – sempre sob a permissão dos genitores –, teria sido o art. 5º o principal motivo para as contrariedades levantadas. Por isso, esse julgamento passou a ser considerado o mais histórico pelos ministros.³⁸⁴ Segundo Marcus Ramiro e Fernando Alves:

Apesar desses esforços e da ânsia de muitos por sua promulgação, uma vez acontecida, inúmeras críticas e questionamentos vieram sobre o texto da Lei, principalmente na parte em que tratava em seu artigo 5º, sobre a possibilidade de pesquisas com células tronco embrionárias.³⁸⁵

Os agentes em favor da vida aduziam que o embrião era detentor de vida e, por isso, sua existência e integridade deveriam ser resguardadas, ou seja, suas células-tronco não deveriam ser extraídas, porque tal processo resultaria no aniquilamento do embrião como um todo. Por um lado, os precursores de tal vertente foram classificados como agentes *pró-vida* e, por outro lado, os que se opunham a referida argumentação foram chamados de *pró-pesquisa*.³⁸⁶ Para o primeiro grupo, a vida tem início com e na fecundação e, nesse sentido, pesquisar células-tronco embrionárias representaria uma atitude de desrespeito ao direito à vida, que é assegurada constitucionalmente. Para o segundo grupo, o embrião adquire características humanas somente a partir da implantação no útero feminino, o que constitui, segundo eles, uma violação do direito à vida.³⁸⁷ Marcus Ramiro e Fernando Alves explicam o seguinte:

³⁸² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 3510 DF. [Impugnação do art. 5 da lei nº 11.105/2005. Pesquisas com células-tronco embrionárias]. Brasília: STF. 29 mai 2008. [online]. [n.p.].

³⁸³ BRASIL. Casa civil. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. [Estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho de Biossegurança – CNBS, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB e dá outras providências]. Brasília: Presidência da República. [online]. [n.p.].

³⁸⁴ PONZILACQUA, 2016, p. 30.

³⁸⁵ RAMIRO, Marcus G. N.; ALVES, Fernando B. Embriões no lixo: os 15 anos da lei de biossegurança, o julgamento da ADI 3510 e a contumaz inércia do legislador brasileiro sobre o tema. *Revista Argumentum*, Marília, v. 22, n. 1, p. 275-296, 2021. p. 279.

³⁸⁶ SALES, Lilian. “Em defesa da vida humana”: moralidade em disputa em duas audiências públicas no STF. *Revista Religião e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 35, n. 2, p.143-164, 2015. p. 144.

³⁸⁷ SALES, 2015, p. 144.

Os questionamentos vinham no sentido de que o artigo 5º da lei se contrapunha ao disposto em seu próprio artigo 1º. (no qual se contempla o respeito e a proteção à vida humana), resultando, dentro do mesmo diploma legal, num conflito de normas, vez que o artigo 5º vem permitir a utilização de células-tronco embrionárias a partir de embriões chamados excedentes, advindos de procedimentos de fertilização assistida, sem restringir ou regulamentar nada sobre isso nem se garantir que o embrião será preservado da morte a partir dessa manipulação. Assim, apesar dos inúmeros avanços constantes na Lei, ela parecia falha quanto à tutela dos direitos do embrião, autorizando, em última análise, a sua utilização para pesquisa e terapia, sem se preocupar se a vida seria preservada ou não.³⁸⁸

No âmbito da Procuradoria Geral da República, Cláudio Lemos Fonteles expôs que o art. 5º, da lei 11.105/2005, estaria em desacordo com os preceitos constitucionais. O que, para ele, estaria configurando em uma afronta ao texto constitucional e um vilipêndio à inviolabilidade do direito à vida. No dia 31 de maio de 2005, ele propôs a ADI 3510, que foi julgada pelo STF apenas em 2008. A ação contou com os votos dos Ministros: Carlos Ayres Britto (relator), Cesar Peluso, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Eros Grau, Menezes Direito, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa e Marco Aurélio Mello.³⁸⁹

Na ADI 3510, foram aceitos como *amicus curiae* cinco entidades da sociedade civil, a saber: Conectas Direitos Humanos; Centro de Direitos Humanos (CDH); Movimento em Prol da Vida (MOVITAE); Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS); e a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). E considerou-se o grau de importância questionado para essa seleção.³⁹⁰ Na análise de Fernanda Martinotto:

Após a apresentação da ação Direta de Inconstitucionalidade, (ADI 3510) para julgamento do Supremo Tribunal Federal, vários movimentos científicos, religiosos e populares passaram a defender seus pontos de vista. O tema foi considerado tão complexo e polêmico que pela primeira vez na história do Supremo Tribunal Federal realizou-se uma audiência pública para discutir a matéria com os mais renomados especialistas das mais diversas áreas do conhecimento.³⁹¹

O fenômeno religioso parece ter sido um fator preponderante nesse julgamento. A CNBB, por exemplo, atuando como *amicus curiae*, alegou que, a despeito de o Brasil ser um país laico, ele também é um Estado de direito alicerçado nos princípios fundamentais como o da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos direitos à vida, à liberdade e à igualdade.³⁹² Além disso, reforçou que o texto constitucional de 1988 manifesta o valor da religião,

³⁸⁸ RAMIRO; ALVES, 2021, p. 280.

³⁸⁹ STF, 2008, [n.p.].

³⁹⁰ STF, 2008, [n.p.].

³⁹¹ MARTINOTTO, Fernanda. O STF e a pesquisa em células-tronco embrionárias: uma análise a partir da ADI 3510. *Revista Cadernos da Escola de Direito*, Curitiba, v. 13, p. 425-436, 2010. p. 245.

³⁹² STF [Site institucional]. [s.d.]. [online]. [n.p.].

sobretudo, quando prevê o Ensino Religioso nas escolas públicas e menciona Deus em seu preâmbulo.³⁹³

Ives Gandra Martins – advogado designado a expor em nome da CNBB –, a despeito de admitir a CNBB como uma entidade religiosa, reafirmou que seu papel seria o de representar a sociedade no que diz respeito à garantia constitucional, isto é, ao direito à dignidade humana. Aquela ocasião, para ele, não deveria ser interpretada como um debate entre ciência religião, mas, entre ciência e direito.³⁹⁴

Na sequência, a CNBB parece ter abandonado os argumentos de natureza religiosa para alicerçar seu posicionamento, mas, fundamentou-se à luz do pensamento de diversos cientistas que atestam que a vida tem início na concepção. Ou seja, nessa ótica, a primeira célula já possui o código genético do ser humano. Em suma, as alegações da CNBB sustentavam que o embrião era uma vida humana que não poderia ser ceifada.³⁹⁵ Mesmo assim, de acordo com Paula Monteiro, Aramis Silva e Lilian Sales:

Toda a argumentação se centrou na afirmação genérica e abstrata da vida humana como valor moral. Esse valor indisputado pelas partes permaneceu como um não dito consensual entre os contendores. Assim, foi possível perceber que a contenda não dizia respeito ao valor da vida humana, mas sim à sua definição. Os grupos contrários ao uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas defenderam que a vida é humana desde o momento de sua concepção.³⁹⁶

Por fim, alegou que existindo qualquer incerteza, no que diz respeito ao início da vida humana, o STF, na dúvida, não deveria arbitrar a favor da morte dos embriões, mas, sim, pela sua preservação. Com efeito, arquitetou-se a tese em torno do fundamento: *em defesa da vida humana*. Ives Gandra Martins destacou que nenhum experimento com células-tronco embrionárias, até então, teria sido bem sucedido. O que difere, para ele, das experiências empreendidas com células-tronco adultas, que já estariam sendo manipuladas para fins de tratamento do câncer.³⁹⁷ Lilian Sales acredita que:

No processo da ADI 3510, a CNBB foi aceita como *amicus curiae*, quem falou em seu nome foram juristas (no julgamento) e cientistas (na audiência pública). A sua atuação na justificação do posicionamento “em defesa da vida” passa pela mediação de atores que dominam as gramáticas em jogo nas arenas em questão: das ciências e dos direitos. A defesa dos posicionamentos e convicções católicos por cientistas e médicos, que se utilizam dos termos e da metodologia científica, não é propriamente uma novidade na Igreja católica. Autoras já demonstraram que desde o enfrentamento com o cientificismo ocorrido na França no século XIX a Igreja

³⁹³ STF, [s.d.], [n.p.].

³⁹⁴ STF, [s.d.], [n.p.].

³⁹⁵ STF, [s.d.], [n.p.].

³⁹⁶ MONTERO, Paula; SILVA, Aramis L.; SALES, Lilian. Fazer religião em público: encenações religiosas e influência pública. *Revista Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, v. 24, p. 131-164, 2018. p. 152.

³⁹⁷ STF, [s.d.], [n.p.].

católica, por meio de médicos e cientistas, defende seus posicionamentos utilizando da linguagem científica.³⁹⁸

Após a apresentação dos argumentos de todos os participantes – *amicus curiae* –, os ministros passaram a proferir os seus votos. Alguns relatos serão apresentados nas próximas linhas. Carlos Ayres Britto, relator da ação, em seu voto, pautou-se nos princípios constitucionais relativos à saúde. Para ele, a lei de biossegurança não estaria vilipendiando o embrião *in vitro*, mas, seria uma forma de proporcionar esperança para as pessoas que sofrem com doenças sem cura. No decorrer da votação, alguns princípios como o da paternidade responsável e da autonomia da vontade, defesa do direito à saúde e tutela da vida nortearam o debate, de modo que, com seis votos, contra cinco, a ação foi julgada improcedente e não houve alterações na lei.³⁹⁹

É importante mencionar que, à luz dos argumentos apresentados durante a votação, os ministros parecem não ter considerado a lei como inconstitucional, mesmo que alguns deles tenham proposto alterações que restringissem os estudos com células-tronco embrionárias, visando o ajuste do texto da lei e os ditames constitucionais. Ellen Gracie e Cármen Lúcia enfatizaram os benefícios das pesquisas com células-tronco embrionárias, especialmente para a vida das pessoas acometidas por doenças e traumas incuráveis. Tal argumento corrobora com o voto do relator, arguindo que, se o destino final dos embriões é o descarte, não há que se falar em violação do direito à vida. Nas palavras de Ellen Grace, não haveria uma “definição constitucional do momento inicial da vida humana e não é papel desta Suprema Corte estabelecer conceitos que já não estejam explícitas ou implicitamente plasmados na Constituição Federal. Não Somos uma academia de ciências”⁴⁰⁰.

Cármen Lúcia ressaltou que todas as manifestações de pensamento naquele julgamento eram autênticas e necessárias, pois a matéria discutida compreendia a vida, a dignidade da vida, a saúde e a liberdade de informação. Por conseguinte, envolvia a todos/as. No entanto, ela destaca que as manifestações dotadas de emoção não poderiam modificar o “compromisso do juiz do seu dever se de ater à ordem constitucional vigente e de atuar no sentido de fazê-la prevalecer”⁴⁰¹. Ou seja:

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

³⁹⁸ SALES, Lilian. Controvérsias sobre o início da vida no STF: a defesa da vida de fetos e embriões humanos. *Revista Ciências Sociais e Religião*, Campinas, v. 22, p. 1-23, 2020. p. 8.

³⁹⁹ STF, 2008, [n.p.].

⁴⁰⁰ STF, [s.d.], [n.p.].

⁴⁰¹ STF, [s.d.], [n.p.].

imparcial. Por isso, como todo juiz, tenho de me ater ao que é o núcleo da indagação constitucional posta neste caso: a liberdade, que se há de ter por válida, ou não, e que foi garantida pela lei questionada, de pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, nos termos do art. 5º, da Lei 11.050/2005.⁴⁰²

Ricardo Lewandowski reiterou que “as pesquisas com embriões humanos congelados são admitidas desde que não sejam destruídos nem tenham o seu potencial de desenvolvimento comprometido”⁴⁰³. Estaria ele, desse modo, alicerçando o seu voto, assim como Gilmar Mendes, no fato de que deveriam ser acrescidos à lei os dispositivos capazes de resguardar os embriões de práticas eugênicas.⁴⁰⁴

Joaquim Barbosa, por sua vez, sustentou que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de preceitos que tutelam a vida, tais como: os direitos do nascituro, o da criança e o do adolescente. Ele explica que isso estaria subordinado a sua etapa de desenvolvimento, de modo que, não existiria paridade na proteção do Estado aos nascituros e aos que já nasceram. Marco Aurélio teria concordado com esse argumento, complementando que a personalidade jurídica é alcançada mediante o nascimento com vida, apenas. Não sendo essa a situação dos embriões, pois, nesse procedimento, eles não seriam implantados no útero materno, isto é, a condição única capaz de lhes oportunizar o desenvolvimento e o nascimento com vida.⁴⁰⁵

Ademais, a despeito da laicidade estatal, Joaquim Barbosa, apontou o seguinte:

A conjugação da laicidade do Estado e do primado da autonomia privada conduz a uma importante conclusão: os genitores dos embriões produzidos por fertilização in vitro, têm a sua liberdade de escolha, ou seja, a sua autonomia privada e as suas convicções morais e religiosas respeitadas pelo dispositivo ora impugnado. Ninguém poderá obrigá-los a agir de forma contrária aos seus interesses, aos seus sentimentos, às suas idéias, aos seus valores, à sua religião, e à sua própria convicção acerca do momento em que a vida começa portanto, a esfera íntima reservada à crença das pessoas e o seu sagrado direito à liberdade.⁴⁰⁶

Ele ainda destacou que, com a instalação da República, a separação entre a igreja e o Estado se deu através do decreto de 07 de janeiro de 1890 e, logo depois, com a Constituição de 1891.⁴⁰⁷ Celso de Melo também apontou para a questão do afastamento entre o Estado e a igreja, arguindo que a temática em debate estava revestida de interdisciplinaridade. No entanto, não poderia ser “reconhecida como uma disputa entre o Estado e igreja, entre poder

⁴⁰² STF, [s.d.], [n.p.].

⁴⁰³ STF, [s.d.], [n.p.].

⁴⁰⁴ STF, [s.d.], [n.p.].

⁴⁰⁵ STF, [s.d.], [n.p.].

⁴⁰⁶ STF, [s.d.], [n.p.].

⁴⁰⁷ STF, [s.d.], [n.p.].

secular e poder espiritual, entre fé e razão, entre princípios jurídicos e postulados teológicos”⁴⁰⁸.

Em seu voto, Celso de Melo afirmou que o Estado brasileiro deve adotar uma postura estritamente neutra em matéria confessional, para assegurar a liberdade religiosa no país. Ele também realçou que a separação constitucional entre o Estado e a igreja impede que o poder público tenha preferências religiosas, bem como interdita a hostilidade em relação à religião, viabilizando a liberdade religiosa e impedindo que classes fundamentalistas “se apropriem do aparelho de Estado, para, com apoio em convicções ou em razões de ordem confessional, impor, aos demais cidadãos, a observância de princípios teológicos e de diretrizes religiosas”⁴⁰⁹. Em relação à laicidade no cenário brasileiro, Celso de Melo afirmou o seguinte:

Nesse contexto, e considerado o delineamento constitucional da matéria em nosso sistema jurídico, impõe-se, como elemento viabilizador da liberdade religiosa, a separação institucional entre o Estado e Igreja, a significar, portanto, que, no Estado laico, como é o Estado brasileiro, haverá, sempre, uma clara e precisa demarcação de domínios próprios de atuação e de incidência do poder civil (ou secular) e do poder religioso (ou espiritual), de tal modo que a escolha, ou não, de uma fé religiosa revele-se questão de ordem estritamente privada, vedada, no ponto, qualquer interferência estatal, proibido, ainda, ao Estado, o exercício de sua atividade com apoio em princípios teológicos ou em razões de ordem confessional ou, ainda, em artigos de fé, sendo irrelevante – em face da exigência constitucional de laicidade do Estado – que se trate de dogmas consagrados por determinada religião considerada hegemônica no meio social, sob pena de concepções de certa denominação religiosa transformarem-se, inconstitucionalmente, em critério definidor das decisões estatais e da formulação de políticas governamentais.⁴¹⁰

Nesse sentido, o julgamento se tratava de uma questão histórica, porque discutia o alcance e o sentido da vida e da morte. O que demonstra que o direito, na sociedade brasileira, estaria estruturado sob a égide de um Estado laico secular e democrático. Dessa forma, teria a capacidade de conferir dignidade às experiências da vida e aos mistérios da morte, de modo que, o caso em análise seria julgado a partir da perspectiva dos direitos humanos.⁴¹¹

Por fim, o voto de Carlos Alberto Menezes Direito, inquiriu sobre os reais frutos, resultados advindos das pesquisas com células-tronco embrionárias. Para ele, essas pesquisas, até o atual momento, não teriam demonstrado resultados efetivos, apenas hipóteses de soluções para doenças, até agora sem cura, que, eventualmente, podem acontecer. Ele entende que essa discussão carece de uma reflexão cuidadosa e que poderia haver alternativas mais viáveis e menos polêmicas, já que, segundo ele, o embrião é vida humana desde o encontro do material genético masculino e feminino e, por isso, precisa ter sua vida protegida pelo

⁴⁰⁸ STF, [s.d.], [n.p.].

⁴⁰⁹ STF, [s.d.], [n.p.].

⁴¹⁰ STF, [s.d.], [n.p.].

⁴¹¹ STF, [s.d.], [n.p.].

ordenamento jurídico. Mesmo assim, ele destacou que seu julgamento não busca decidir entre uma solução científica e/ou uma declaração de princípios de ordem religiosa, mas, que a decisão deveria se consubstanciar sob o aspecto jurídico, o que não impediria o aspecto da interdisciplinaridade do assunto.⁴¹²

Como já dito, a votação resultou num total de seis contra cinco votos, o que teria favorecido a decisão pela improcedência da ADI 3510. Foi uma votação acirrada, onde, cada fundamento, abarcava contrapontos plausíveis nas ponderações dos/as ministros/as, ao passo que, apenas pelo resultado da votação, chegou-se a uma decisão não pelo consenso. O STF negou provimento a ADI 3510, concluindo que inexistia violação do direito à vida, quando nos casos de pesquisas, envolvendo células-tronco, mesmo embrionárias, o fim seria unicamente terapêutico.⁴¹³

Segundo Marcio Ponzilacqua, as questões inerentes ao biodireito e à bioética, no aspecto de sua dimensão religiosa, são inegavelmente controversas e suscetíveis de discussões acaloradas tanto no universo doutrinário quanto no científico. São questões permeadas de tensões na seara das convicções e das crenças. Em geral, explica o autor, as “decisões dos tribunais estão longe de resultarem em pacificação da matéria no campo sociológico e não impedem a continuidade de ações e estratégias diferenciadas, nos campos político, legislativo e jurídico”⁴¹⁴.

Gilmar Mendes, em seu voto, estaria endossando essa compreensão. Para ele:

Delimitar o âmbito de proteção do direito fundamental à vida e à dignidade humana e decidir questões relacionadas ao aborto, à eutanásia e à utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia são, de fato, tarefas que transcendem os limites do jurídico e envolvem argumentos de moral, política e religião que vêm sendo debatidos há séculos sem que se chegue a um consenso mínimo sobre uma resposta supostamente correta para todos.⁴¹⁵

Desse modo, o STF, ao admitir a participação da CNBB e de outras entidades no debate em torno na ADI 3510, o fez apenas como meio de assegurar a democracia e a livre manifestação do pensamento – que ali estaria representando interesses da sociedade. No entanto, o STF esclareceu que fundamentos de caráter religioso, ocasionalmente mencionados, não deveriam influir no entendimento da suprema corte, pois as ingerências religiosas não deveriam ser aceitas no Estado brasileiro, porque se trata de um país laico. Ademais, apesar da laicidade estatal na apreciação da ADI 3510 ter se apresentado com uma

⁴¹² STF, [s.d.], [n.p.].

⁴¹³ PONZILACQUA, 2016, p. 32.

⁴¹⁴ PONZILACQUA, 2016, p. 33.

⁴¹⁵ STF, [s.d.], [n.p.].

questão lateral, a mesma foi bem desenvolvida pela maioria dos Ministros em seus votos ainda que de forma secundária e não sendo esta a razão basilar da decisão, eles teriam demonstrado preocupação em abordar o caráter laico do Estado como mecanismo de reafirmação de um posicionamento. Assim, chegaram até mesmo a apresentar evolução histórica, conceitos e limitações do exercício dos direitos.

Portanto, para a Corte máxima, os discursos de perspectiva religiosa não deveriam ser admitidos como meio de fundamentação das decisões judiciais. Percebe-se que o STF, em seus julgados, prioriza a ideia de afastamento do poder público e convicções religiosas, de forma que argumentos de natureza religiosa, ocasionalmente mencionados, não seriam capazes de influir no entendimento da suprema corte. Tais fundamentos são por eles legitimados sob o argumento da laicidade do Estado. Com efeito, no referido julgamento, houve menção ao art. 19, inciso I, da CF de 1988, no intuito de enfatizar a questão de que o Estado e a igreja são instituições distintas, acentuando que sequer a religião de maior predominância no país teria o condão de influir as decisões judiciais.

3.2 Interrupção da gravidez em casos de fetos com anencefalia – ADPF nº 54/DF.

A ADPF nº 54/DF foi instaurada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), em 17 de junho de 2004, decidindo que a interrupção da gravidez de feto anencefálico não deveria ser considerada uma espécie de aborto. Ou seja, um tipo de conduta criminosa tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. A CNTS sustentava que a “antecipação terapêutica do parto do feto anencefálico não é aborto”⁴¹⁶. Antes da instauração da ADPF nº 54/DF, o exercício profissional dos trabalhadores da saúde estava incorrendo em riscos de ter as suas condutas sujeitas à persecução penal e as gestantes de fetos anencefálicos estariam expostas às mais diversas hipóteses de angústias de ordem psicológica.⁴¹⁷ Em outras palavras, “o poder público, ao criar obstáculos à antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos, estaria violando os preceitos constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade, autonomia da vontade e direito à saúde”⁴¹⁸.

⁴¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal, de 12 de abril de 2012*. [Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal]. Brasília: STF. [online]. [n.p.].

⁴¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, [n.p.].

⁴¹⁸ FRAGALE FILHO, Roberto. Audiências públicas e seu impacto no processo decisório: a ADPF 54 como estudo de caso. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 504-535, 2015. p. 509.

O relator da ADPF nº 54/DF, ministro Marco Aurélio Mello, admitiu a medida liminar, em 01 de julho de 2004, reconhecendo o direito da gestante à antecipação terapêutica de parto de anencéfalo. Mas, a medida foi cassada pelo Supremo naquele mesmo ano, sendo sugerida uma audiência pública para a explanação dessa questão.⁴¹⁹

Durante o tramite processual, algumas instituições – CNBB, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e a Associação de Desenvolvimento da Família – pleitearam a participação no feito como *amicus curiae*, o que foi negado. Essa decisão teve como fundamento a alegação de que o Brasil, na condição de Estado laico, encontra-se em posição de completa neutralidade diante de todas as religiões, não podendo favorecer as denominações existentes.⁴²⁰ O argumento do relator sofreu duras críticas por parte da comunidade. Caio de Souza assevera que tal argumento não se justificava pelo fato de que:

O Estado brasileiro, apesar de laico ou não confessional, isto é, embora não siga nem favoreça qualquer denominação religiosa, deve reconhecer que a sociedade brasileira é majoritariamente religiosa. Esse dado não pode ser sumariamente desprezado, tendo em vista que os valores morais, éticos e culturais provem, em larga medida, dos valores do seu povo, os quais devem ser considerados no bojo de uma discussão judicial de tão ampla repercussão, cuja decisão final possui eficácia *erga omnes*, ou seja, válida para todos. [...] A posição contrária ao abortamento dos fetos anencefálicos seria defendida pro essa entidade caso fosse aceita no debate. Desse modo, o Ministro Relator acabou por restringir indiretamente a ampliação do debate, trazendo para a esfera dos *amicus curiae* apenas as instituições cujos posicionamentos eram mais favoráveis ao julgamento pela procedência da Ação, como ANIS, por exemplo. Uma das finalidades primordiais de trazer *amicus curiae* ao tratamento de questões polêmicas a serem decididas pelo Supremo Tribunal Federal não é o de determinar qual decisão deve ser tomada, mas de alargar o debate para as entidades que possam representar de algum modo a sociedade civil para que, por meio dessa via democrática, haja maior participação dos cidadãos com a real diversidade de opiniões nas discussões a fim de que a decisão final seja respaldada pela análise do maior número de pontos de vista diferentes. O Ministro Relator restringiu, portanto, uma forma de participação democrática, prevista na Lei. nº 9.868/1999.⁴²¹

Apesar do indeferimento do pedido, em 28 de setembro de 2004, o ministro relator considerou oportuno ouvir as instituições que haviam pleiteado a participação no feito como *amicus curiae*, para que pudessem esboçar as fundamentações e esclarecerem o tema em julgamento. Nessa circunstância, o relator oportunizou espaço de fala também a outras

⁴¹⁹ LUNA, Naara. O direito à vida no contexto do aborto e da pesquisa com células-tronco embrionárias: disputas de agentes e valores religiosos em um estado laico. *Revista Religião & Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 1, p. 71-97, 2013. p. 82.

⁴²⁰ SILVA, Giordano Barreto Mota da et al. *Descriminalização/legalização do aborto no Brasil: Aspectos religiosos e jurídicos*. (Mestrado em Ciências das Religiões) – Programa de Pós-Graduação em Ciências das Religiões, Faculdade Unida de Vitória, Espírito Santo, 2018. p. 98.

⁴²¹ CAZAROTTO, Caio S. *O direito à vida do nascituro: em busca da efetividade do direito*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017. p. 94.

instituições, mesmo não tendo elas requerido a admissão no processo como *amicus curiae*,⁴²² por exemplo, a IURD. Segundo Roberto Fragale Filho:

Não obstante o ministro relator ter indicado no relatório do acórdão que o processo fora saneado para “proporcionar a participação, em audiência pública, das entidades representativas dos diversos segmentos sociais, religiosos e científicos, incluindo as que tiveram indeferido o pedido de intervenção no processo como terceiro,” nos dias que antecederam a realização da audiência pública foram apresentados novos pedidos de participação pelas entidades.[...] Todos esses pedidos restaram indeferidos, seja por não se tratar de situação individualizada a exigir a intervenção de curador, seja em virtude de existência de representação diversa que já alcançaria a possível contribuição das entidades requerentes, seja ainda em função da proximidade do término dos trabalhos da audiência pública.⁴²³

Apesar da admissão de tais entidades em audiência pública, o relator fez questão de frisar o caráter laico brasileiro, ressaltando que “a questão posta nesse processo [...] não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas”⁴²⁴. A referida ação ajuizada perante o STF pode ser considerada o maior destaque em relação à influência da religião no Estado laico, pois, em análise aos julgados de natureza semelhante, a laicidade no Brasil é tratada como um assunto central e de peso nas fundamentações. Para exemplificar, cita-se o fato do Ministro relator, Marco Aurélio, ter aberto um tópico, em seu voto intitulado, da seguinte forma: “a República Federativa do Brasil como Estado laico”⁴²⁵. No referido tópico, ele descreveu a relação do Brasil com a igreja no decorrer da história, narrando qual a situação atual da ingerência religiosa na esfera pública.⁴²⁶ A ênfase dada pelo relator à laicidade do Estado se deve ao fato de que o julgamento da ADPF nº 54/DF contou com o pronunciamento de entidades religiosas em audiência pública, através de seus respectivos representantes.⁴²⁷

Na audiência pública de apresentação da ADPF nº 54/DF, era evidente a polarização entre os defensores da linha *pró-escolha* – tese originalmente defendida para gestação de anencéfalo – e os adeptos da vertente *pró-vida*. Os dois grupos acionaram tópicos oriundos do campo dos direitos humanos para defesa de suas posições.⁴²⁸ A sessão destinada aos representantes das religiões foi realizada no dia 26 de agosto de 2008. Para ilustrar, citam-se as participações da CNBB e da IURD. A CNBB foi representada pelo Padre Luiz Antônio Bento e pelo procurador do Estado do Rio de Janeiro e Presidente da União dos Juristas

⁴²² FRAGALE FILHO, 2015, p. 512.

⁴²³ FRAGALE FILHO, 2015, p. 515.

⁴²⁴ MACHADO, 2018, p. 110.

⁴²⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, [n.p.].

⁴²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, [n.p.].

⁴²⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, [n.p.].

⁴²⁸ LUNA, 2013, p. 82.

Católicos da Arquidiocese do Rio de Janeiro, Paulo Silveira Martins Leão Júnior. Mas, quem utilizou o direito de fala perante o STF foi apenas o Padre Luiz Antônio Bento.⁴²⁹

Esse representante da CNBB iniciou sua fala aduzindo que pretendia fazer suas argumentações a partir de uma perspectiva cristã. Para ele, a vida de cada pessoa não seria “apenas um bem pessoal inalienável, mas também um bem social. [...] que pertence a todos, e a sociedade tem a obrigação de promover e de defender esses direitos da pessoa humana, do feto que está com uma anomalia”⁴³⁰. Ressaltou ainda que o feto anencefálico teria condição humana pela presença do genoma humano em sua constituição, ou seja, pelo fato de haver chances desse feto nascer com vida e a possibilidade de desenvolvimento posterior, não se deveria permitir a morte de um ser humano incapaz de se defender. Segundo ele, tal premissa valeria para todo tipo de pessoa: embrião, feto, criança com malformação ou não, seja adulto ou idoso. Outra base que estaria sustentando a defesa da CNBB seria o *Evangelium Vitae* – o evangelho da vida –, do magistério da ICAR.⁴³¹ A referida Carta Encíclica de João Paulo II, teria se tornado núcleo constitutivo dos preceitos cristãos, imbuída no espírito de defesa da vida humana, em diferentes culturas pelo mundo afora. Seus elementos fundamentais estariam alicerçados na fé e na razão.⁴³²

Tal prática havia sido reconhecida, pelo representante da CNBB, não como antecipação do parto, mas como aborto. Luiz Antônio Bento, representante da ICAR à época da discussão sobre a ADPF afirmou que o feto poderia ter reconhecida sua constituição como ser humano, fazendo com que seu direito à vida fosse respeitado. A consideração de que, em quaisquer condições haveria chances de sobrevivência extrauterina, fez o representante da CNBB declarar que interrupção da gravidez configuraria um aborto seletivo, pois privaria uma vida de se desenvolver apenas por não se encaixar em padrões da sociedade por uma doença como a anencefalia, ainda que esta não tenha cura. Assim, a CNBB reforçou a defesa da vida não ser julgada por qualquer tipo de deficiência, a partir de argumentos técnicos colocados por Rodolfo Acatauassú, cirurgião geral pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro.⁴³³ Nesse sentido:

⁴²⁹ FRAGALE FILHO, 2015, p. 513.

⁴³⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8 Distrito Federal, de 26 de agosto de 2008*. [Audiência pública]. Brasília: STF. [online]. p. 6.

⁴³¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008, p. 10.

⁴³² SILVA, Adriano C. *A anencefalia fetal e o aborto na Evangelium Vitae do Papa João Paulo II*. Dissertação (Mestrado em Teologia Moral) – Programa de Pós-Graduação em Teologia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 112.

⁴³³ SILVA, 2018, p. 97.

Se o feto fosse uma malformação não humana, se o feto nunca pudesse nascer vivo, se a criança tivesse em morte encefálica, a premissa da ADPF poderia ter algum embasamento; mas, como o feto tem o genoma humano, todos os dados genéticos estão presentes na vida desse indivíduo, mas, como o feto pode nascer vivo, mas, como a criança não está em morte encefálica, a premissa da ADPF não tem embasamento.⁴³⁴

A IURD, representada pelo bispo Carlos Macedo de Oliveira, expôs um discurso diverso em relação ao exposto pela CNBB, defendendo o “laicismo do Estado” e a liberdade de culto. Ele afirma respeitar e defender a condição do Estado ser laico, pois, se assim não fosse, o cumprimento da justiça social restaria comprometido.⁴³⁵ Carlos Macedo de Oliveira sustentou sua fala no *livre arbítrio* que Deus teria concedido às pessoas. Ele fez isso criticando a sociedade, considerando-a “tradicionalmente machista, além de afirmar que o aborto de anencéfalo está interligado ao direito da mulher e à saúde”⁴³⁶. Nas suas palavras:

Deus dá a todo ser humano o livre arbítrio. Defendemos que, nesses casos, deva prevalecer o desejo da mulher que passa ou venha a passar por esse drama. São elas que passam pelo habitual desconforto da gravidez, e, talvez, nenhum de nós consiga dimensionar os agravos de uma gravidez acometida por anencefalia e que, por força da lei, a mulher estaria ou está penalizada a carregar durante nove meses alguém que ela não terá a felicidade de ver crescer e de ter vida extra-uterina.⁴³⁷

Além disso, o representante da IURD apresentou o argumento das chamadas *radicalizações conceituais* ou *religiosas* não serem parâmetro para barreiras à descriminalização do aborto na situação proposta, porque a ADPF não o tornaria obrigatório. Assim, ela apenas dá acesso nesses casos ao direito de fazê-lo para quem opta por isso por questões de escolhas, consciência ou religiosidade. Importante salientar que a IURD por seu representante sustentou “o livre arbítrio de todo ser humano” conclamando o desejo da mulher como única instância para dar a real dimensão do impacto pessoal de levar adiante uma gravidez de feto anencéfalo. Nesse sentido, tal posicionamento foi totalmente antagônico às duas entidades religiosas que se manifestaram nos debates.⁴³⁸

O resultado do julgamento da ADPF nº 54/DF explicitou que, por uma interpretação do Código Penal em conformidade com a Constituição vigente, a conduta do/a profissional de saúde que interrompesse a gravidez de feto anencefálico não deveria ser criminalizada. Em apoio a essa vertente, além do relator Marco Aurélio Mello, os ministros Joaquim Barbosa, Celso de Mello, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Gilmar Mendes

⁴³⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008, p. 10.

⁴³⁵ LUNA, 2013, p. 85.

⁴³⁶ LUNA, 2013, p. 85.

⁴³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008, p. 21.

⁴³⁸ VIEIRA, 2016, p. 107.

também votaram. Entretanto, Ricardo Lewandowski e o ministro Cezar Peluso votaram contra a liberação.⁴³⁹

Diante disso, como se verá adiante, os votos favoráveis à descriminalização da interrupção de gravidez de fetos anencefálicos se fundaram em algumas garantias constitucionais como a laicidade, a liberdade religiosa, a dignidade humana, e o princípio da legalidade em que se garante o direito da gestante optar pela continuidade da gravidez ou pela sua interrupção, caso sua continuidade acarrete em dano aos seus limites físicos, emocionais e psicológicos.⁴⁴⁰

Assim, esta seção elencará alguns dos principais argumentos utilizados pelos ministros para fundamentação de seus votos. O voto do ministro relator evidenciou a polêmica que girava em torno do assunto debatido na ADPF nº 54/DF. Sobretudo, o destaque que a discussão teve perante as religiões, que se viram afrontadas com a possibilidade da autorização da realização do aborto. No mais, o seu voto foi a favor da liberação do aborto de feto anencéfalo, sob a seguinte justificativa:

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal. [...] O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. Anencefalia é incompatível com a vida.⁴⁴¹

O Ministro teria se valido do argumento da laicidade do Estado como mecanismo de justificação do voto. Nesse sentido:

Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, 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.⁴⁴²

O art. 19, inciso I, da Constituição Federal, segundo o Ministro Marco Aurélio, teria permitido que o país se tornasse um Estado com posições públicas seculares e tolerantes, sem ser estritamente religioso ou ateu, mas simplesmente neutro. A instituição da laicidade no Brasil pressupunha que o Estado não pudesse intervir em assuntos religiosos, como defensor ou censor. Sendo assim, o relator da ação também ressaltou que visões religiosas deveriam ter

⁴³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, [n.p.].

⁴⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, [n.p.].

⁴⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, [n.p.].

⁴⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, [n.p.].

sua atuação restrita à esfera privada da vida do indivíduo que segue determinada religião, mesmo que unânimes ou majoritárias, não podendo orientar as decisões públicas.⁴⁴³ Nas palavras do Ministro:

Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professem o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida.⁴⁴⁴

De modo categórico, o ministro ressaltou que preceitos morais de quaisquer religiões não poderiam ser considerados no julgamento, mas asseverou que o posicionamento das entidades religiosas como *amicus curiae* teria sido proveitoso para esclarecimento de determinadas questões. No entanto, ponderou que para que os argumentos de instituições religiosas sejam conhecidos, eles devem estar baseados em termos racionais cujo embasamento não dependa de nenhuma crença.⁴⁴⁵

À vista disso, aufere-se que a questão do Estado laico foi uma argumentação de peso na justificativa do voto do ministro relator, que, inclusive, destinou um capítulo específico para arguir sobre a questão. Cabe dar atenção ao voto da ministra Cármen Lúcia, que em partes substanciais do mesmo, apresentou posicionamento semelhante ao relator em relação quanto à interferência de instituições religiosas na seara pública. Para ela a tomada de decisão jurídica deve estar restrita à observância dos comandos normativos da Constitucional, onde o primeiro preceito é a dignidade humana. Sobre a posição de que a interrupção da gravidez do feto anencéfalo se caracterizaria como uma ação imoral cabe lembrar que no universo do Direito não é possível moldar esse preceito da dignidade humana a partir de pontos de vista religiosos que atentem de modo contrário a isso. A intervenção estatal dá-se, portanto, segundo conjunto de normas jurídicas estabelecidas.⁴⁴⁶

O Ministro Celso de Melo foi mais estrito na apresentação do seu voto. Ele colocou que o Direito, sob as bases democráticas de uma República laica, não deveria sujeitar suas decisões à religião. Ele afirmou, ainda, que as autoridades públicas, no exercício de suas funções, deveriam deixar de tomar conceitos pré-concebidos sob a égide de confissões religiosas, para a tomada de decisões em quaisquer instâncias de poder.⁴⁴⁷ O ministro Gilmar Mendes, assim como o Relator, teria sido o que mais desenvolveu argumentos sobre os

⁴⁴³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, [n.p.].

⁴⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, [n.p.].

⁴⁴⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, [n.p.].

⁴⁴⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, [n.p.].

⁴⁴⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, [n.p.].

aspectos relacionados à laicidade estatal e à atuação das entidades religiosas na questão. Ele teria compreendido que, ainda que elas tenham sido ouvidas apenas em audiência pública e não como *amici curiae*, o debate proposto por elas teria sido ético e moral, trazendo à tona posições de diversas organizações da sociedade, inclusive religiosas. Isso teria feito com que fosse visto que o princípio da laicidade do Estado não impede a participação e as manifestações das organizações religiosas no debate público, porque suas argumentações, também, se relacionam às questões públicas para além do âmbito religioso.⁴⁴⁸

Gilmar Mendes destacou ainda a relevante função do Estado de direito quanto à participação e à integração de diversos grupos nas discussões de processos judiciais de grande impacto na sociedade. Isto se dá no sentido de que, tendo acesso a uma pluralidade de visões, o STF possa contar com subsídios técnicos com variadas implicações político-jurídicas e novos elementos de repercussão econômica que, porventura, possam ser utilizados pelos ‘amigos da corte’ em processos futuros. Por esse motivo, ele considerou que não seria coerente que, nesse julgamento, os representantes da sociedade, como a CNBB e as ONGs, estivessem ausentes.⁴⁴⁹

Como conclusão, o STF através de maioria simples aceitou a proposta da ADPF nº 54/DF que autoriza a gestante decidir ou não pela interrupção da gravidez de feto anencefálico, desde que observadas condições de diagnóstico médico comprobatório da patologia. Tal decisão foi baseada no paradigma do aspecto laico do Estado brasileiro, dando resolução à questão de modo a permitir mais uma possibilidade de exceção para a prática do aborto.⁴⁵⁰ Pela análise dos votos, a decisão do STF considerou as informações científicas que apontaram impossibilidade de continuidade na vida extrauterina de um feto nessas condições.⁴⁵¹

O julgamento foi concluído em dois dias envolto em diversos protestos da parte de ativistas feministas e de pessoas ligadas à igreja. No final do julgamento, foram oito votos de ministros do STF a favor da descriminalização da interrupção proposta pela ação, e dois votos contrários. Com isso, se permitia de modo menos burocrático o que antes necessitava de autorização judicial, após um extenso processo.⁴⁵²

No que se refere aos votos contrários, é interessante abordar o do Ministro Lewandowski quando elucida que o Congresso Nacional deveria ter contemplado a questão

⁴⁴⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, [n.p.].

⁴⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, [n.p.].

⁴⁵⁰ SILVA, 2018. p. 99.

⁴⁵¹ SILVA, 2018. p. 99.

⁴⁵² SILVA, 2018. p. 98.

em projeto de lei, demonstrando, assim, ser a devida instância legislativa para deliberar sobre o caso. Porém, por não havê-lo feito, permitiu interpretações a respeito. De modo que, o que o STF poderia fazer para dirimir a situação seria atuar como legislador negativo, retirando da lei normas que contrariam a Constituição e respeitando a divisão de poderes sem atuar como legislador.⁴⁵³

A justificativa adotada na fundamentação do voto do Ministro Lewandowski está contramão ao que Hart elucida em sua teoria dos *hard cases e textura aberta*, pois, em relação ao que este último afirma, caberia ao juiz agir como um legislador contencioso e fazer uso do seu poder intersticial e decidir. Para Hart os casos, ainda que sejam difíceis, precisam ser resolvidos mesmo que o direito venha a falhar na oferta de uma resposta. Nessa ótica, o magistrado possuiria a incumbência de encontrar uma solução, não podendo se esquivar de proferir uma decisão.⁴⁵⁴ As palavras do Ministro foram as seguintes: “não é lícito ao maior órgão judicante do país envergar as vestes de legislador criando normas legais. [...] Não é dado aos integrantes do Poder Judiciário promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem”⁴⁵⁵.

Por fim, tem-se que os representantes das entidades não mencionaram elementos próprios, como seu conjunto de crenças e dogmas de fé, comumente entendidos como religiosos. Aqueles que estavam na posição de *amicus curiae*, apesar da vinculação religiosa direta, como a CNBB, evitaram argumentos marcadamente religiosos sem fazer menção a uma religião específica, mas, os argumentos elencados estariam fundados na ciência. Tudo o que foi dito se concentrou em argumentos genéricos e abstratos sobre o valor moral da vida humana, como algo consensual entre as partes, apesar de não haver sido colocado de forma veemente. Assim, há que se dizer que o problema não era defender a vida humana, mas a partir de que momento ela se definia.⁴⁵⁶

De igual modo, os argumentos compreendidos nos votos foram construídos através de diferentes áreas do conhecimento. De modo aparente, o papel das entidades religiosas teria sido tão somente o de levar uma informação que constasse aos autos, a partir da audiência pública, sem necessariamente influenciar decisivamente na decisão dos ministros. Apesar de que, mesmo a religião não aparecendo de modo direto na argumentação final, é possível questionar qual seria a motivação privada, que é algo de difícil constatação. Em relação ao argumento da laicidade, como meio de viabilização da liberdade religiosa, foi possível

⁴⁵³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, [n.p.].

⁴⁵⁴ HART, 2011, p. 336.

⁴⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2012, [n.p.].

⁴⁵⁶ VIEIRA, 2016. p. 109.

identificar uma espécie de equivalência entre os argumentos elencados pelos participantes. Esses não teriam deixado de apontar considerações, ainda que sumárias sobre a laicidade. Na resposta concedida aos tópicos em que a laicidade era apontada, os argumentos foram muito bem desenvolvidos, de maneira a afastar todo juízo de cunho religioso na tomada de decisão.

A despeito do julgamento da ADPF nº 54/DF ter sido concluído pela maioria de votos no plenário do STF, em abril de 2012, a questão em torno dessa decisão não pode ser vista como consolidada. Para muitos juristas, operadores do direito e parte da sociedade, a resolução do caso foi celebrada como uma vitória no direito de decisão da mulher sobre seu próprio corpo e à sua dignidade. Porém, há quem ainda veja a possível antecipação do parto como margem para negativa ao direito à vida. Na próxima seção, aborda-se sobre a união homoafetiva na ADI nº 4277.

3.3 União homoafetiva – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277

Em 2008, o governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, protocolou o pedido da ADPF nº 132/RJ junto ao STF. O pleito teria sido originado a partir de um questionamento dele sobre a constitucionalidade de determinados artigos do Estatuto dos Servidores Cíveis de seu Estado, os quais impediam o acesso dos cônjuges e dependentes de servidores homoafetivos a direitos assistenciais.⁴⁵⁷ Em 2009, de modo semelhante, a procuradora Débora Duprat, da PGR, suscitando ofensa aos dispositivos constitucionais regulamentados nos artigos 1º, III, 3º, IV, 5º, caput, VI e 19, I, interpôs a ADPF nº 178/DF, que teria sido outra via de acesso ao STF para postular – em breve síntese – sobre a declaração da união estável entre pessoas do mesmo sexo ser conhecida como entidade familiar, no caso de preenchimento dos mesmos requisitos obrigatórios para a admissão da união estável entre casal heteroafetivo.⁴⁵⁸

O objeto principal das duas ações seria que o STF viesse a declarar o reconhecimento da união homoafetiva como uma entidade familiar, de modo obrigatório e automático, a partir do preenchimento dos mesmos requisitos necessários para haver união estável entre homem e mulher. Isso foi estabelecido pelo artigo 1.723, do Código Civil, pelo qual “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência

⁴⁵⁷ SCHÜTZ, Gustavo. *O STF e a fundamentação das decisões em casos de conflito moral*. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. p. 83.

⁴⁵⁸ SCHÜTZ, 2018, p. 83.

pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”⁴⁵⁹. A partir disso, os mesmos deveres e direitos de uma união estável entre companheiros heteroafetivos seriam estendidos aos casais em uniões homoafetivas.⁴⁶⁰

Por causa de algumas questões jurídico-processuais, a ADPF nº 178/DF foi posteriormente transformada em ADI nº 4277. Ela foi apreciada em conjunto com a ADPF nº 132/RJ dada à similitude entre os pedidos constantes em ambas as demandas.⁴⁶¹ Assim, os ministros do STF, por votação unânime, reconheceram a ADPF nº 132/RJ como ADI nº 4.277.⁴⁶² No dia 05 de maio de 2011, em sessão presidida pelo ministro César Peluso, decidiram unanimemente os demais ministros por julgar procedentes as ações, as quais estariam providas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, contendo, portanto, “as mesmas regras e consequências da união estável heteroafetiva”⁴⁶³.

O relator dos processos foi o ministro Ayres Brito e os ministros que votaram foram o Luiz Fux, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso. O ministro Dias Toffoli considerou-se impedido de votar, pois já havia se manifestado sobre o tema quando era advogado geral da União. Nesse caso, foram considerados como votantes apenas dez ministros/as.⁴⁶⁴ Além desses votos, por permissão do ministro e relator Ayres Brito, foi autorizada a intervenção de terceiros como *amicus curiae*, em virtude da repercussão social e da complexidade da questão abordada. Inúmeros entes mostraram interesse nessa lide, requerendo a participação no feito.⁴⁶⁵

No total, sete entidades apresentaram posicionamentos a favor da procedência das ações referentes à união homoafetiva. São elas: a organização não governamental, Conectas Direitos Humanos; o Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM); o Grupo Arco-Íris de Conscientização Homossexual; a Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABGLT); o Grupo de Estudos em Direito Internacional da Universidade Federal de Minas Gerais, em conjunto com o Centro de Referência de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros do Estado de Minas Gerais; o

⁴⁵⁹ BRASIL. Casa Civil. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. [Institui o código civil]. Brasília: Presidência da República. [online]. [n.p.].

⁴⁶⁰ SCHÜTZ, 2018, p. 84.

⁴⁶¹ SCHÜTZ, 2018, p. 84.

⁴⁶² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 4277 DF*. [Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132/RJ pela ADI nº 4277, com a finalidade de conferir “interpretação conforme a Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil]. Brasília: STF. 05 mai. 2011. [online]. [n.p.].

⁴⁶³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, [n.p.].

⁴⁶⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, [n.p.].

⁴⁶⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, [n.p.].

Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS); e a Associação de Incentivo à Educação e Saúde de São Paulo.⁴⁶⁶

Em oposição à possibilidade de reconhecimento constitucional da união homoafetiva, como *amicus curiae* foram admitidos a CNBB e a Associação Eduardo Banks.⁴⁶⁷ O ponto central da discussão levada ao STF teria tido relação com a situação pela qual os casais homoafetivos que, mesmo constituindo comunhão de vida plena, continuavam impedidos de gozarem dos benefícios assegurados por lei àqueles que vivem em união estável heterossexual.⁴⁶⁸

A petição inicial apresentada na ADPF nº 178/DF que culminou na ADI nº 132 suscitou que a união entre pessoas do mesmo sexo seria uma realidade social que ocorre não somente no Brasil, mas no mundo inteiro. Além disso, considerou que a não concessão de direitos a esse tipo de comunhão configuraria em uma clara ofensa aos dispositivos constitucionais, principalmente, ao direito à dignidade da pessoa humana, à liberdade, à igualdade e a segurança jurídica.⁴⁶⁹

Deborah Duprat mencionou, em sua petição, que não poderia o STF considerar a alegação de que tais uniões configurariam um pecado, sob a pena de estar vilipendiando os princípios da liberdade religiosa e da laicidade do Estado.⁴⁷⁰ Ela ressaltou, ainda, a impossibilidade do Estado se basear em convicções religiosas para convalidar suas decisões – mesmo que tal religião seja considerada a predominante – sob a pena de estar ultrajando aqueles/as que não a professam.⁴⁷¹ A procuradora concluiu, sustentando que religiões que, porventura, diverjam da legalização da união entre casais do mesmo sexo podem se privar do direito de não as celebrarem. No entanto, não seria permitido ao Estado pautar suas ações no discurso religioso, pois, desse modo, estaria afrontando a própria Constituição.⁴⁷²

As entidades que se mostraram favoráveis a declarar a constitucionalidade da união homoafetiva teriam fundamentado seus posicionamentos em preceitos amplos. Por exemplo, o direito à igualdade, que além de compor a base do direito, também, diz respeito aos dados centrais dos valores morais mínimos que permitem As sociedades plurais se sistematizam de forma estável.⁴⁷³ Por outro lado, os institutos que expuseram suas opiniões no processo com

⁴⁶⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, [n.p.].

⁴⁶⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, [n.p.].

⁴⁶⁸ PEREIRA, Deborah M. D. B. *Ação de descumprimento de preceito fundamental, de 2009*. In: CONJUR [Site institucional]. [online]. [n.p.].

⁴⁶⁹ PEREIRA, 2009, [n.p.].

⁴⁷⁰ PEREIRA, 2009, [n.p.].

⁴⁷¹ PEREIRA, 2009, [n.p.].

⁴⁷² PEREIRA, 2009, [n.p.].

⁴⁷³ SCHÜTZ, 2018, p. 85.

justificativas contrárias ao reconhecimento da constitucionalidade da união homoafetiva, reuniram os seus fundamentos em duas dimensões principais. A primeira delas objetivava estabelecer um limite ao pluralismo verificado nas sociedades contemporâneas, entendendo o próprio texto constitucional como sendo suficientemente claro e preciso para responder à questão colocada à análise do STF.⁴⁷⁴ Dessa forma, frisou-se o fato de o conceito de união estável estar claramente expresso no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal de 1988, e que não seria razoável a um tribunal – que por definição teria o dever de aplicar a lei e não alterá-la – reconhecer circunstância fática que não possui guarida na Carta Magna.⁴⁷⁵

O porta-voz da CNBB foi o advogado Hugo José Sarubbi Cysneiros de Oliveira, que teria apresentado alegações jurídicas a fim de reiterar o conceito de que uma família seria formada apenas por homem e mulher. Desse modo, colocou que haveriam limites à pluralidade pretendida pela ação imposta pela Constituição Federal, sem que esta abrisse margem para interpretações. A partir disso, ele foi assertivo ao ressaltar a hipótese de família apresentada no seu argumento, sem dar chance para que houvesse um entendimento extensivo à sua colocação.⁴⁷⁶

Outra forma de fundamentação apresentada na tentativa de se impedir a equiparação legal de famílias constituídas por pessoas do mesmo sexo, preconizada por Ralph Lichote, procurador da Associação Eduardo Banks, teria sido em relação à incapacidade reprodutiva dessas pessoas.⁴⁷⁷ Nessas circunstâncias, é possível notar que “o argumento religioso está atravessado pelos valores sociais, mantendo uma constante e complexa relação com a sociedade mais ampla, onde tal alegação representa o conceito de família pelo viés religioso cristão, que pressupõe sexo a procriação”⁴⁷⁸.

No dia 05 de maio de 2011, deu-se a apresentação dos votos dos ministros – expõem-se aqui os mais relevantes para a pesquisa. O primeiro voto foi o do ministro Ayres Brito que reconhece presentes os pressupostos necessários à admissão da ação, visando o controle de constitucionalidade e à legitimidade de seus postulantes. Ao analisar a questão de fundo, o ministro pontuou, desde logo, que entende merecerem guarida as pretensões formuladas, passando a tecer suas considerações de mérito acerca do tema.⁴⁷⁹

⁴⁷⁴ SCHÜTZ, 2018, p. 85.

⁴⁷⁵ SCHÜTZ, 2018, p. 85.

⁴⁷⁶ VIEIRA, 2016. p 110.

⁴⁷⁷ VIEIRA, 2016. p. 110.

⁴⁷⁸ FILHO, Ricardo A. C. Valores em plenária: moralidades e religiosidades na discussão sobre as “uniões homoafetivas” pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Especialidades*, São Paulo, v. 6, n. 5, p. 159-175, 2013. p. 167.

⁴⁷⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, [n.p.].

O ministro Ayres Brito expressou que, segundo a Constituição Federal, no art. 3º, inciso IV, estaria vedada a possibilidade de qualquer discriminação em razão de sexo, raça e cor. Nesse sentido, não poderia haver diferenciação de pessoas pela sua preferência sexual ou pelo gênero. Essa argumentação foi colocada para ressaltar que esse mesmo dispositivo impediria qualquer depreciação ao direito da união estável homoafetiva.⁴⁸⁰ Nas suas palavras:

I – a Constituição do Brasil proíbe, por modo expreso, o preconceito em razão do sexo ou da natural diferença entre a mulher e o homem. II - Não se prestando como fator de merecimento inato ou de intrínseco desmerecimento do ser humano, o pertencer ao sexo masculino ou então ao sexo feminino é apenas um fato ou acontecimento que se inscreve nas tramas do imponderável. III - a total ausência de previsão normativo constitucional sobre esse concreto desfrute da preferência sexual das pessoas faz entrar em ignição, primeiramente, a regra universalmente válida de que “tudo aquilo que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”, IV – essa liberdade para dispor da própria sexualidade insere-se no rol dos direitos fundamentais do indivíduo; V – esse mesmo e fundamental direito de explorar os potenciais da própria sexualidade tanto é exercitável no plano da intimidade (absenteísmo sexual e onanismo) quanto da privacidade (intercurso sexual ou coisa que o valha); VI – não se pode excluir do direito à intimidade e à vida privada dos indivíduos a dimensão sexual do seu telúrico existir.⁴⁸¹

Para ele, não havendo proibição pela legislação, a união homoafetiva passaria automaticamente a ser permitida. Assim, não sendo proibida, teria as mesmas garantias e obrigações que as outras uniões estáveis ostentam. O ministro teria argumentado no sentido de que todo ser humano é igual perante a lei, não podendo haver diferenças de qualquer natureza. Para o julgador, os governados, de maneira igualitária, respondem também pelo peso e pelo dever de caráter jurídico escrito, como também estariam aptos para fruir de bônus e vontades igualmente positivadas pelo direito.⁴⁸²

O ministro Luiz Fux foi o segundo a proferir o voto. Ele afirmou que a homossexualidade em nada tem haver com filosofia de vida ou credo. E fundamentou o argumento de que, não sendo a homossexualidade espécie de crime, não existem motivos para obstarem a construção de um lar homoafetivo. Para ele, “o homossexual, em regra, não pode constituir uma família por força de duas questões que são abominadas pela nossa Constituição: a intolerância e o preconceito”⁴⁸³. Ele mencionou, ainda, que não equiparar viola garantias constitucionais inerentes à pessoa humana e, notadamente, daqueles/as que possuem orientação sexual minoritária. Veja:

⁴⁸⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, [n.p.].

⁴⁸¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, [n.p.].

⁴⁸² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, [n.p.].

⁴⁸³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, [n.p.].

Eu citaria - como aqui já o fez o Ministro Ayres - o princípio da isonomia, o princípio da liberdade, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da proteção que o Estado deve a essas minorias e inúmeros outros princípios que aqui eu poderia enunciar. [...] Verifica-se, portanto, que, sob o prisma da igualdade, o reconhecimento da sociedade homoafetiva é um consectário dos ditames constitucionais; é um respeito que se tem de ter pelas cláusulas pétreas constitucionais. Por outro lado, a pretensão da sociedade da união homoafetiva encontra guarida no princípio da dignidade da pessoa humana que, como todos nós sabemos, talvez seja uma das maiores conquistas na teoria dos direitos fundamentais.⁴⁸⁴

Anotou, por fim, que os questionamentos estão para além do Estado do Rio de Janeiro, sendo, portanto, de interesse do país, e, por conseguinte, deve ter eficácia “*erga omnes*”. Isso significa que o efeito da decisão deveria ser para todos/as.⁴⁸⁵

A ministra Cármen Lúcia, em seu voto, considerou a tese de que a opção por uma união homoafetiva é uma decisão singular, única e individual. Nos termos da Constituição brasileira, para ela, representa a manifestação da liberdade individual, não podendo, portanto, sofrer limitações por parte do direito.⁴⁸⁶ Ademais, ela alega que “o pluralismo social compõe-se com a manifestação de todas as opções livres dos indivíduos, que podem viver segundo suas tendências, vocações e opções”⁴⁸⁷.

O ministro Joaquim Barbosa, na mesma esteira, votou pela procedência dos pedidos. Em sua decisão, ressaltou que a Constituição regula, de forma clara, a pretensão de promover a justiça social e o nivelamento no trato entre os/as cidadãos/ãs. Dentre os objetivos fundamentais do Estado, está o de proporcionar o bem comum sem quaisquer distinções de raça, sexo, cor, idade ou outras possíveis formas de discriminações. Salientou, ainda, que o texto constitucional não menciona e nem veda o reconhecimento jurídico das uniões homoafetivas. Mas, a Constituição regula que o rol de garantias fundamentais do/a cidadão/ã não se limite naqueles positivamente elencados por ela. Infere-se, pois, que o ministro teria se utilizado dos fundamentos da dignidade humana, isonomia e não discriminação, para uma realizar uma interpretação normativa e alcançar razões para decidir.⁴⁸⁸

O ministro Marco Aurélio, ao manifestar seu voto a favor da constitucionalidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, ponderou que é dever do Estado facilitar a vida dos/as cidadãos/ãs. Ou seja, criar meios para assisti-los/as e assegurá-los/as na idealização de seus projetos de vida, ressaltando que, ainda que o Brasil tenha adotado uma política laica, é factível que o fundamentalismo religioso, por vezes, poderia ter

⁴⁸⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, [n.p.].

⁴⁸⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, [n.p.].

⁴⁸⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, [n.p.].

⁴⁸⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, [n.p.].

⁴⁸⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, [n.p.].

influenciado na questão do progresso que envolve a homoafetividade. De modo especial, na aprovação dos inúmeros projetos de lei no legislativo, tal postura também indicaria a inércia do querer coletivo. Para o ministro, “relegar as uniões homoafetivas à disciplina da sociedade de fato é não reconhecer essa modificação paradigmática no direito civil levada a cabo pela Constituição da República”⁴⁸⁹.

No mais, o ministro Marco Aurélio, ao fundamentar seu voto, considerou desacertada a permanência de qualquer tipo de convicções morais ou religiosas na esfera pública, e considerou inadmissível a imposição da fé e dos paradigmas morais dela oriundos. Para ele, os direitos fundamentais de liberdade religiosa e da laicidade estatal obstam pensamentos morais religiosos que pretendem nortear a aplicação de garantias constitucionais, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, o direito de autodeterminação, a intimidade e a liberdade de orientação sexual. Assim, percebe-se que para levar seu voto a termo, ele teria feito uso do princípio da dignidade da pessoa humana para realçar o fundamento maior da República, estabelecendo uma hierarquia onde tal conceito estaria no nível mais elevado de importância para fins de interpretação constitucional.⁴⁹⁰

Enquanto a lei não acompanha a evolução da sociedade, a mudança de mentalidade, a evolução do conceito de moralidade, ninguém, muito menos os juízes, pode fechar os olhos a essas novas realidades. Posturas preconceituosas ou discriminatórias geram grandes injustiças. Descabe confundir questões jurídicas com questões de caráter moral ou de conteúdo meramente religioso.⁴⁹¹

Os argumentos do ministro Celso de Mello reconhecem a união homoafetiva, julgando precedente e endossando o entendimento acima, sustentando a não consubstanciação das questões de ordem jurídicas com as questões de caráter moral ou religioso. Sobretudo, pelo fato de o Brasil ser país reconhecidamente laico. Além disso, em seus argumentos, ele ponderou ser inadmissível qualquer tipo de privação de direitos oriundos de orientação sexual.⁴⁹² Em suas palavras:

Homossexuais têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine que fomente a intolerância, que estimule o desrespeito e que desigualmente as pessoas em razão de sua orientação sexual. Essa afirmação, *mais* do que simples proclamação retórica, traduz o reconhecimento, que emerge do quadro das liberdades públicas, de que o Estado não pode adotar medidas nem formular prescrições normativas que provoquem, por

⁴⁸⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, [n.p.].

⁴⁹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, [n.p.].

⁴⁹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, [n.p.].

⁴⁹² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, [n.p.].

efeito de seu conteúdo discriminatório, a exclusão jurídica de grupos, *minoritários ou não*, que integram a comunhão nacional.⁴⁹³ [grifo nosso].

Os ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes também decidiram a favor das ações, no entanto, eles registraram adendos em relação ao julgamento. Ricardo Lewandowski, ao prolatar o seu voto, enveredou por um destino que o levou ao conceito de família, estabelecido pelas Constituições brasileiras pretéritas. Mostrou-se, pois, divergente ao texto dos votos dos demais ministros, em razão de que sob sua perspectiva não haveria a possibilidade de identificar a união homoafetiva como união estável, pois o texto constitucional foi taxativo em sua definição. Na sustentação do seu voto, Lewandowski falou em “integração analógica”, que seria a ideia de se aplicar a esse novo voto a legislação mais próxima, até que ela seja finalmente amparada por lei aprovada no poder legislativo.⁴⁹⁴

Desse modo, para o ministro, a união homoafetiva precisaria ser compreendida como um quarto modelo de família. Isto é, distinta do casamento, da união estável ou da família monoparental. À vista disso, utilizando-se da analogia Ricardo Lewandowski, acabou por ampliar os direitos pertencentes à união estável dos heterossexuais às famílias formadas por casais do mesmo sexo. Além disso, ele também teria elencando que o direito e a moral precisariam ser analisados sob critérios distintos, ainda que possam ser colocadas em conjunto. Considerou, também, que os preceitos morais não poderiam determinar qualquer tratativa do Estado a respeito de direitos fundamentais e ressaltou a garantia da liberdade religiosa e do Estado laico para impedir que concepções religiosas possam nortear a posição estatal sobre direitos como o direito à dignidade da pessoa humana, à privacidade e à liberdade de expressão da orientação sexual.⁴⁹⁵ Outro julgador do STF foi o ministro Gilmar Mendes. Mesmo que favorável ao reconhecimento jurídico da união, ele se mostrou preocupado e fez adendos, optando, por exemplo, não se manifestar sobre a adoção por famílias homoafetivas.⁴⁹⁶

É possível observar que os envolvidos na questão se valeram de fundamentos filosóficos e jurídicos concomitantes com as matérias de ordem constitucional e com a legislação aplicável. A partir delas, foram apontados conflitos em relação aos direitos fundamentais, além de precedentes nacionais, e até mesmo internacionais para resolvê-los. Assim, o julgamento conjunto da ADI nº 4277 com a ADPF nº 132/RJ, que igualou os direitos de uniões estáveis homoafetivas com as uniões estáveis heteroafetivas, teve decisão proferida

⁴⁹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, [n.p.].

⁴⁹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, [n.p.].

⁴⁹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, [n.p.].

⁴⁹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, [n.p.].

pelo STF, há 10 anos, completados em 2021. Tal decisão foi embasada por interpretação do STF para o art. 1.723, do Código Civil, que ressalta que não deveria haver, à luz da Constituição, diferenciação jurídica a diferentes gêneros, ao menos que haja ressalva explícita em texto constitucional.⁴⁹⁷

Nota-se que o argumento da laicidade, como um modo de viabilização da liberdade religiosa, perpassou todas as respostas que foram dadas pela Corte, sem que ele tenha sido central e/ou estar bem desenvolvido na demanda trazida. Falou-se muito em liberdade e garantia dos direitos humanos por parte dos ministros, a laicidade estatal, quando aparece no texto, seria como um instrumento que viabilizaria a garantia dos demais direitos e garantias mencionadas. No caso da ADI nº 4277, percebe-se uma tendência de se equiparar a ideia de “moral” com a ideia de religião, para que ambas fossem distanciadas do direito e da tomada de decisão. Portanto, ainda que subsidiariamente, sendo, nesse caso, um argumento lateral, o argumento da laicidade fora enfrentado sucintamente, porque a demanda não chegou com esse viés. Observa-se que o artigo 226, da Constituição Federal, e o artigo 1724, do Código Civil, tiveram centralidade no debate. O primeiro compreende as formas de família reconhecidas legalmente e o segundo elenca as características para o reconhecimento da união estável como entidade familiar.

Nesse sentido, o que chamou atenção referente à presença das instituições religiosas nos debates judiciais, mais especificamente sobre a equiparação das uniões homoafetivas, teria sido a forma como tais entidades têm desfrutado de uma linguagem secularizada para se fazer presente na discussão, bem como a forma como *maquiam* o discurso secular, visto que os ajustes feitos na linguagem não as impendem de transmitir seus valores. Ou seja, as manifestações exprimem valores religiosos ainda que seja em debate público. Nessa questão, por exemplo, as instituições religiosas fizeram uso de fundamento biológico – os homoafetivos não podem procriar – e, assim, negaram o direito com base em argumentos religiosos.

Este capítulo quis perscrutar alguns casos práticos – demandas de maior repercussão no contexto brasileiro –, envolvendo a participação de igrejas representadas por suas respectivas instituições na esfera pública, notadamente, na cúpula do STF. Para tanto, considerou-se necessário esmiuçar os principais votos, sobretudo aqueles pontos que tenham sido substâncias para a compreensão do objetivo precípuo da pesquisa – verificar a presença das entidades religiosas no poder judiciário e o grau de sua influência ante a laicidade estatal,

⁴⁹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2011, [n.p.].

permitindo observar circunstâncias, ainda que pormenores, em que os ministros teriam se curvado e/ou aniquilado a ingerência religiosa e como estas se apresentam diante de tal poder.

Ao realizar a leitura dos referidos votos e das demais peças que constituem todo o acervo probatório das ações de controle de constitucionalidade aqui abordadas, a hipótese incipiente da pesquisa se confirma, a saber: identifica-se a participação das entidades religiosas nas demandas que versam junto ao judiciário. A hipótese se confirma no momento em que se verifica que, em todos os casos perquiridos, as entidades religiosas – quando pleitearam permissão para exporem suas razões – foram aceitas e nomeadas como *amicus curiae*, ou seja, atuando como uma espécie de auxiliar do julgador, ao passo que ficam adstritas a prestarem informações relevantes para o desenvolvimento e para a resolução da lide.

À vista disso, percebe-se que, antes mesmo da apreciação dos casos, as entidades religiosas foram inseridas no feito e somente depois de ouvidas os votos foram pronunciados. Contudo, cabe um adendo quanto ao caso da ADPF nº 54/DF, em que as entidades religiosas não teriam sido admitidas na modalidade de *amicus curiae*. Ainda que não tivessem ocupado tal posição, elas puderam participar da audiência pública destinada à elucidação dos seus fundamentos, em desfavor ou a favor da ação. Diga-se em desfavor pelo fato de que, por exemplo, como observado no caso da ADPF nº 54/DF, não teria sido a totalidade dos argumentos religiosos que se demonstraram desfavoráveis à antecipação do parto de fetos com anencefalia.

É possível afirmar que as conclusões de análise do caso partem das premissas firmadas a partir dos capítulos precedentes, os quais versaram sobre: o Estado laico e a liberdade religiosa – elucidadas no primeiro capítulo; e os casos difíceis, a discricionariedade judicial e a admissão das entidades religiosas como *amicus curiae* – discutidas no segundo capítulo. No cenário brasileiro – enquanto um Estado laico e democrático –, em tese, a liberdade de expressão constituiria também uma espécie de direito fundamental e, nesses debates, diversos setores da sociedade são autorizados a se manifestarem, inclusive a esfera religiosa. E é importante considerar que o cerceamento de instituições religiosas pressupõe a violação dos princípios constitucionais abordados no decorrer da pesquisa.

Desse modo, a participação das entidades religiosas nos casos estudados não teriam ferido a laicidade do Estado. Na verdade, uma vez que o conteúdo das discussões apresenta liame direto com a moral da sociedade, as entidades religiosas, enquanto representantes de parcelas da sociedade, não poderiam ter sido rechaçadas. E não foram. Isso coaduna com o pensamento de Émile Durkheim, que entende a religião como temática de interesse social

capaz de possibilitar a compreensão da vida coletiva social e, com efeito, uma das bases fundamentais da socialidade.⁴⁹⁸

Ao observar a exposição dos casos e os respectivos argumentos apresentados, seja pelas entidades religiosas, pelos ministros e/ou pelas demais partes, torna-se possível identificar, linha por linha, tudo o que fora explicitado no decorrer dos capítulos anteriores, ou seja, a elucidação de conceitos-chaves do que seria o direito e a laicidade e como esta se apresenta no Estado laico. Isso revela que, assim como nos casos elencados, a pesquisa também aborda de forma concisa os tópicos fundamentais em relação à compreensão da liberdade religiosa. A partir da aferição dos votos, vislumbra-se o que concerne tais liberdades, trazendo a memória que a liberdade de crenças, a liberdade de culto e a tolerância religiosa foram aceitas graças ao Estado laico. Reprisa-se, ainda, sobre a íntima relação entre os fundamentos jurídicos do Estado laico e as questões concernentes à liberdade religiosa,⁴⁹⁹ em que os argumentos referentes à laicidade estatal, às garantias das liberdades religiosas e à proteção aos princípios constitucionais inerentes à dignidade da pessoa humana, achavam-se presentes em boa parte dos votos.

Outra questão se refere ao pensamento de Hart – *hard cases e a discricionariedade judicial* – em que se verifica a teoria acontecendo na prática, ou seja, julgadores diante de *casos difíceis* que não possuíam legislação capaz de solucioná-los. Além disso, os ministros avocando função de *juiz legislador*, que, para Hart, nada mais seria do que o uso do *poder intersticial*, ou melhor, o poder conferido ao juiz para – nos casos difíceis – criar o direito.⁵⁰⁰ No entanto, apesar da teoria hartiana admitir tal possibilidade ela não seria sem critérios, pois a discricionariedade só seria possível desde que certos requisitos sejam observados: “ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria”⁵⁰¹.

Nos casos analisados, apesar de toda a repercussão e dificuldade encontrada nas demandas, o STF, em tese, teria agido como determina a teoria de Hart, pois, a decisão proferida foi tomada de maneira contenciosa e democrática, levando em consideração as inúmeras manifestações de opiniões e informações sobre o tema. Manteve-se, pois, a laicidade sem ferir o direito à manifestação e livre expressão de nenhum grupo que buscou participar do debate.

⁴⁹⁸ TERAOKA, 2010, p. 37.

⁴⁹⁹ TERAOKA, 2010, p. 37.

⁵⁰⁰ HART, 2011, p. 326.

⁵⁰¹ HART, 2011, p. 336.

Tais acontecimentos, em relação ao segundo capítulo da pesquisa, remetem à visão habermasiana da participação de grupos religiosos, desde que eles obedeçam à *regra do jogo*. Habermas acredita que a intervenção pública dos indivíduos religiosos deveria estar vinculada ao uso da razão, e que as argumentações de viés religioso carecem de ser traduzidas para uma linguagem acessível a todos/as – isto é, para a linguagem dos argumentos racionais.⁵⁰² De modo geral, os argumentos apresentados pelos representantes das religiões teriam se valido de tal regra, quando pautados em argumentos de razão pública, não levando em consideração os discursos de *verdades* religiosas de forma explicita. Assim, as entidades religiosas, de alguma forma, possuem voz no STF. Mas, essas vozes, necessariamente, tiveram que se adequar a linguagem que não é a da confissão religiosa, e sim secular. Entretanto, apesar de presentes, elas não teriam sido vozes que ecoam as razões que justificaram as decisões dos ministros, pelo menos explicitamente.

Finalmente, pode-se concluir que o controle de constitucionalidade brasileiro é teoricamente aberto à ingerência religiosa, a partir de entidades que se manifestam em situações como as perquiridas. Contudo, a referida presença, notadamente, nos casos analisados, não obtiveram sucesso em redundar em aceitação dos argumentos desses grupos nas decisões do tribunal. Por conseguinte, isso demonstra que a influência religiosa se dá apenas no sentido de se fazer presente legitimamente e de forma a pressionar ou trazer tensões morais em relação à questão demandada, não influenciando, assim, de forma decisiva na resolução do litígio.

⁵⁰² SOUZA, 2015, p. 283.

CONCLUSÃO

A pesquisa analisou a influência da religião na jurisprudência do STF, no intuito de identificar se os argumentos da laicidade estatal, bem como, aqueles pautados nas expressões religiosas estariam sendo referenciados nas decisões judiciais e quais seriam os possíveis impactos dessas referências na fundamentação nessas decisões no cenário brasileiro. Em todo o momento, o atual modelo de laicidade brasileiro foi levado em consideração e cada capítulo da dissertação foi desenvolvido para que a pergunta-problema levantada fosse respondida a contento.

O primeiro capítulo estabeleceu as bases epistemológicas que nortearam a pesquisa. Trata-se do referencial teórico utilizado como lente de análise do objeto de estudo proposto, que delimitou os seguintes conceitos: *religião*, à luz do pensamento de Émile Durkheim; *direito*, sob a égide dos argumentos de Herbert Hart; e *laicidade*, segundo os pressupostos teórico-metodológicos do sociólogo mexicano Roberto Blancarte Pimentel. Na esteira desse debate, discutiu-se a questão da liberdade religiosa no território brasileiro.

Esse capítulo contribuiu para compreender a *religião* como uma temática de interesse social, pois, ao longo da pesquisa, o fenômeno religioso, as crenças, os rituais e os símbolos se mostraram presentes na contemporaneidade nas mais diversas esferas – política, jurídica, religiosa, etc. Nesse sentido, a religião foi apontada como um fenômeno duplamente social que possibilitaria a compreensão da vida coletiva. Já o *direito*, em Hart, foi apresentado como uma práxis social ancorada nos costumes e nas crenças comuns, ou seja, todas as pessoas deveriam participar do direito, já que todas elas são praticantes desses costumes e dessas crenças. A *laicidade* emergiu como um direito impostergável que garante as pessoas o respeito de igual proporcionalidade, habilitando a observância dos limites existentes na ordem pública democrática e o respeito aos princípios constitucionais análogos, para que o Estado consiga garantir às pessoas o livre desenvolvimento de suas particularidades.

Diante desses conceitos e da impossibilidade do direito à liberdade religiosa ser absoluto, pode-se concluir que não haveria um direito sempre obrigatório, em qualquer circunstância ou perante qualquer consequência. No conjunto, o referencial teórico contribuiu para o entendimento de que os direitos fundamentais não deveriam ser tidos como absolutos e/ou ilimitados. No entanto, foi possível constatar, nessa análise parcial, que existem limitações diante da importância de se garantir aos demais o exercício desses direitos.

O segundo capítulo mapeou os limites do direito em relação às explicações e às soluções jurídicas. Abordou a categoria *hard cases* – casos difíceis –, a partir da teoria

hartiana, que reconhece o direito como fundamentalmente incompleto, de modo que o poder concedido ao juiz, nos casos difíceis, sobretudo aqueles que apresentam textura aberta que dificultam a aplicação do direito, seria um poder intersticial. Os casos, ainda que sejam difíceis, precisariam ser resolvidos mesmo que o direito viesse a falhar na oferta de uma resposta. O magistrado possuiria, pois, a incumbência de encontrar uma solução, não podendo se esquivar de proferir uma decisão.

O desenvolvimento desse capítulo foi crucial para clarificar algumas intuições levantadas no capítulo precedente, sobretudo em relação ao campo do *direito*, pois, os esforços se concentraram na busca pelas principais fontes desse campo a partir da construção de um panorama histórico. Na perspectiva da tradição jurídica, o Brasil estaria vinculado à família romano-canônica, tendo como fonte primária do direito a lei. Mas, a despeito dela ser a fonte principal, não seria a única. Por isso, foram apontadas outras fontes que se aproximam do objeto de estudo da pesquisa, a saber: a *Constituição*, as *leis e/ou a legislação*, o *costume*, a *doutrina* e a *jurisprudência*.

A análise das fontes do direito ao lado da abordagem dos casos difíceis – *hard case* – e da *discricionariedade judicial*, na perspectiva hartiana, contribuiu para notar a possibilidade de o julgador utilizar o *poder intersticial* que lhe é inerente para criar o direito. Nesse ponto da pesquisa, abriu-se uma lacuna para refletir acerca da participação das entidades religiosas nos debates judiciais brasileiros – tendo na esteira dessa reflexão o pensamento de Habermas. Os argumentos encaminhados ao STF, para apreciação de demandas relacionadas às questões morais e/ou de grande repercussão – figurando um *hard case* –, devem admitir a participação das entidades religiosas – detentoras da mesma liberdade de expressão de outras instituições não religiosas – nesse debate. À luz dos pressupostos habermasianos, essa liberdade religiosa deveria ser vivenciada sob a égide dos valores constitucionais. Nesse sentido, as entidades religiosas não deveriam se posicionar de forma intransigente, e sim assumir o compromisso de cumprir com rigor as regras do jogo democrático.

O terceiro capítulo abordou alguns casos emblemáticos que tangenciam os elementos vinculados à convicção religiosa e à laicidade estatal no STF. Sobretudo, os eventos em que as entidades religiosas se manifestaram – seja através de participação em audiências públicas e/ou atuando como *amicus curiae*. A laicidade estatal teria se manifestado como um argumento para decidir os casos que versam sobre a liberdade religiosa, observando se a declaração de *Estado laico e/ou liberdade religiosa* representa ou não um argumento que compõe a fundamentação nas demandas apresentadas pelas entidades religiosas, bem como na votação realizada entre os ministros.

De modo geral, o capítulo privilegiou a análise concreta de casos reais – mormente aqueles de maior repercussão para a análise sociojurídica brasileira: ADI nº 3510, ADPF nº 54/DF e ADI nº 4277 –, em que entidades religiosas atuaram como *amicus curiae* ou reverberaram suas razões em sede de audiência pública. Essa análise mostrou que os argumentos apresentados pelos representantes das religiões se valeram do uso da razão – regra elencada por Habermas –, e os argumentos exauridos pelos ministros teriam se apoiado na laicidade. Apesar de terem reconhecido e validado a importância da participação das instituições religiosas naquelas demandas, o tribunal, no entanto, não poderia levar em consideração os argumentos de viés religioso, pois, se assim o fizessem, estariam afrontando diretamente a Constituição Federal vigente.

Nota-se, ainda, que os ministros do STF adotaram posturas muito próximas da teoria de Hart quanto à *textura aberta* das normas jurídicas. Na prática, a autoridade competente precisou exercer um poder discricionário no intuito de criar o direito, balizando-se pelo princípio da proporcionalidade. No mais, as instituições religiosas não teriam influenciado, ao menos explicitamente, as decisões, pois não houve vinculação direta dos votos com qualquer fundamentação religiosa. Mesmo assim, compreende-se que a hipótese inicial se confirmou no decorrer da pesquisa, porque a participação das religiões é legítima no cenário brasileiro e a Constituição da República de 1988 estabelece um Estado onde deveria predominar a laicidade e não o laicismo.

A pesquisa demonstra implicações profissionais acerca das relações entre o Estado e a religião no cenário brasileiro, no que tange as fundamentações de sentenças, tanto as julgadas e as jurisprudências, sobretudo, para os/as diferentes profissionais do campo do direito e para os/as cientistas da religião. O acesso às implicações profissionais ocorre através do aspecto da interdisciplinaridade, considerando sempre a interface entre religião e direito. Nessa ótica, o/a profissional do direito e o/a cientista da religião terão a capacidade de adotar uma postura de isenção e suspensão de crenças e juízos de valor e de verdade, quando analisarem as fundamentações apresentadas nos mais diversos debates que compreendem a religião como um fenômeno advindo da história e da cultura, pertencente ao domínio da ciência. Isso possibilitará que esses/as profissionais não adentrem nas questões de existência ou não do transcendente.

A pesquisa não esgota a questão, pois a amplitude e a complexidade do tema impõem a necessidade de uma análise a partir de outras perspectivas. Cita-se, aqui, uma possível abordagem à luz da teoria habermasiana da *ação comunicativa*. Isto é, investigar os processos de interação entre as entidades religiosas e o judiciário brasileiro, no intuito de compreender

as circunstâncias que ocorreriam essa interação bem como os planos de ação que coordenariam tais ações pela via do *entendimento*. Essa análise poderia confirmar ou não se, na esfera jurídica brasileira, há uma correlação direta entre a ação comunicativa e o mundo da vida habermasiano, entendido a partir da tríade: *cultura, sociedade e pessoa*.

Portanto, a pesquisa contribui para refletir acerca do Estado, que, além de buscar reprimir qualquer manifestação de intolerância ou embaraço nas garantias de crer, teria de intervir quando certos direitos se chocam. Embora não esteja submetida à expressa reserva legal, a liberdade religiosa se depara com certos limites em face de outros direitos fundamentais, o que implicaria, em caso de conflito, na necessidade de uma cuidadosa ponderação e atenção em relação aos critérios da proporcionalidade, entre outros aspectos.



REFERÊNCIAS

- ABREU, Clara L. *Discrecionariade judicial em casos difíceis à luz do debate Hart vs. Dworkin*. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2014.
- ALVES, F. B.; BREGA Filho, V. Da liberdade religiosa como direito fundamental: limites, proteção e efetividade. *Revista Argumenta*, Jacarezinho, v. 11, p. 75-94, 2009.
- BACELAR, Renan V. B. *Direito canônico: vivências históricas e teóricas da cultura jurídica ocidental*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.
- BAHIA, Charles N. Da textura aberta da linguagem à textura aberta do direito: o contributo de Wittgenstein e Waismann à filosofia jurídica de Hart. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo, v. 30, n. 2, p. 227-241, 2016.
- BARBOSA, Igor A. R. Discrecionariade judicial no início do debate Hart/Dworkin. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, [s.l.], v. 14, n. 20, p. 29-48, 2016.
- BARBOSA, Rodrigo P. *Laicidade e Hermenêutica: compreendendo o Estado Laico no Brasil contemporâneo em busca de uma resposta adequada à Constituição*. Belo Horizonte: Dialética, 2020.
- BASTOS, Celso R. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BASTOS, Celso R.; MARTINS, Ives G. *Comentários à Constituição do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BAUBÉROT, Jean; MILOT, Micheline; BLANCARTE, Roberto. *Declaração universal da laicidade no século XXI*. São Paulo: APTD, 2005. Disponível em: https://www.academia.edu/34547642/DECLARA%C3%87%C3%83O_UNIVERSAL_DA_LAICIDADE_NO_S%C3%89CULO_XXI_Tradu%C3%A7%C3%A3o_e_Adapta%C3%A7%C3%A3o_. Acesso em: 19 ago. 2020.
- BERNARDES, Claudia C. *A influência das organizações religiosas junto ao parlamento e órgãos judiciais e seu impacto na democracia*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdades Integradas do Brasil – UNIBRASIL, Curitiba, 2014.
- BLANCARTE, Roberto. Laicidad y laicismo en América Latina. *Estudios Sociológicos*, México. v. 26 n. 76 p. 139-164, 2008a.
- BLANCARTE, Roberto. O porquê de um Estado laico. In: LOREA, Roberto A. (org.) *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: LAE, 2008b.
- BOBBIO, Norberto; METTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5. ed. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.
- BOGOSSIAN, André M. *Aspectos conceituais e descritivos da regra de reconhecimento do direito brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

BRASIL. [Constituição (1824)]. *Constituição Política do Império do Brasil de 1824*. Rio de Janeiro: Império do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. Casa Civil. *Decreto nº 119-A, de 7 de janeiro de 1890*. [Prohíbe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade dos cultos, extingue o padroado e estabelece outras providências]. Rio de Janeiro: Governo Provisório da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 jun. 2021.

BRASIL. Casa Civil. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. [Institui o código civil]. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 28 nov. 2021.

BRASIL. Casa civil. *Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005*. [Estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho de Biossegurança – CNBS, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB e dá outras providências]. Brasília: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em: 02 out. 2021.

CADEMARTORI, Luiza V. Os casos difíceis e a discricionariedade judicial: uma abordagem a partir das teorias Deherbert Hart e Ronald Dworkin. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 10, n. 1, p. 215-228, 2005. [online]. p. 216. Disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/48aa2dd06e8b/>. Acesso: 28 jul. 2021.

CALDEIRA, Rodrigo C. Considerações sobre a igreja católica romana e a evolução de sua compreensão sobre os direitos humanos. *Revista Horizonte*, Belo Horizonte, v. 15, n. 47, p. 770-796, 2017.

CÂMARA, Alexandre F. A intervenção do amicus curiae no Novo CPC. In: GENJURÍDICO [Site institucional]. 23 out. 2015. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/10/23/a-intervencao-do-amicus-curiae-no-novo-cpc/>. Acesso em: 25 out. 2021.

CARVALHO, José M. *A formação das almas: o imaginário da República do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CARVALHO FILHO, José S. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CAZAROTTO, Caio S. *O direito à vida do nascituro: em busca da efetividade do direito*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

COLONTONIO, Carlos O. A racionalidade jurídica em Hart e em Dworkin. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Departamento de Filosofia, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

CONTE, Andreza. *Umbanda: apontamentos sobre a interferência da religião no Estado e o estudo da lei*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2016.

DAVID, Ricardo M. C. Habermas e a religião na esfera pública: fundamentos para o convívio de cidadãos seculares e religiosos no Estado democrático. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Centro de Ciências Humanas e Naturais, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2016.

DIAS, Reinaldo. *Sociologia do direito: a abordagem do fenômeno jurídico como fato social*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIDIER JR, Fredier. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 17 ed. Salvador: JusPodvm, 2015.

DINIZ, Gustavo S. Organizações religiosas no Brasil. In: PONZILACQUA, Marcio H. P. (org.). *Direito e religião: abordagens específicas*. Ribeirão Preto: FDRP, 2016. p. 35-49.

DMITRUK, Erika J. O que é o direito? Uma análise a partir de Hart e Dworkin. *Revista jurídica da UniFil*, Londrina, a. 1, n. 1, p. 71-89, 2004.

DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELIADE, Mircea. *Mitos, sonhos e mistérios*. Lisboa: Edições 70, 1989.

ELIADE, Mircea. *O sagrado e o profano: a essência das religiões*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FILHO, Ricardo A. C. Valores em plenária: moralidades e religiosidades na discussão sobre as “uniões homoafetivas” pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista Espacialidades*, São Paulo, v. 6, n. 5, p. 159-175, 2013.

FISCHMANN, Roseli. Conceituação: o que é Estado laico? In: OBSERVATÓRIO DA LAICIDADE DO ESTADO [Site institucional]. [s.d.]. [n.p.]. Disponível em: <http://www.nepp-dh.ufrj.br/ole/conceituacao3.html>. Acesso em: 26 mai. 2021.

FRAGALE FILHO, Roberto. Audiências públicas e seu impacto no processo decisório: a ADPF 54 como estudo de caso. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 504-535, 2015.

FRIEDE, Reis; LOPES, Humberto P. O costume jurídico enquanto fonte do direito brasileiro. *Revista Intellectus*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 47, p. 5-21, 2018. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmninnkpcjpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=http%3A%2F%2Fwww.revistaintellectus.com.br%2Fartigos%2F49.592.pdf&clen=99121&chunk=true>. Acesso em: 21 ago. 2021.

GABATZ, Celso; ZEFERINO, Jefferson. As contribuições de Émile Durkheim para compreender a religião na contemporaneidade. *Revista Correlatio*, São Bernardo do Campo, v. 16, n. 2, p. 339-355, 2017. Disponível em: <https://www.metodista.br/revistas/revistas-metodista/index.php/COR/article/view/8447/6148>. Acesso em: 20 jan. 2020.

GABRIEL, José L. Religião e a esfera pública no Estado laico brasileiro: à luz de Habermas e do direito. Dissertação (Mestrado em Ciências das Religiões) – Programa de Pós-Graduação em Ciências das Religiões, Faculdade Unida de Vitória, Vitória, 2016.

GARCIA, Gustavo F. B. *Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

GEERTZ, Clifford. *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: LTC, 1989.

GEERTZ, Clifford. Religion as a cultural system. In: BANTON, Michael. (org.) *Anthropological approaches to the study of religion*. Londres: Tavistock, 1966. p. 1-46.

GOMES, Francisco F.; SOUZA, Wilson R. *Modernidade e pluralismo religioso*. *Revista Semana Acadêmica*, Fortaleza, v. 1, n. 41, p. 1-11, 2013.

GUERRIERO, Silas. A atualidade da teoria da religião de Durkheim e sua aplicabilidade no estudo das novas espiritualidades. *Revista Estudos de Religião*, São Bernardo do Campo, v. 26, n. 42, p. 11-26, 2012.

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

HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *Fé e saber*. São Paulo: Unesp, 2013.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KOZICKI, Katya; SANCHES, Fernanda K. C. O sentido de discricionariedade judicial visto a partir de Hart e o necessário diálogo com Dworkin. *Revista A Juris*, Porto Alegre, v. 39, n. 126, p. 89-112, 2012. Disponível em: <http://ajuris.kinghost.net/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/view/778>. Acesso em: 19 ago. 2021.

KNAPP, Markus. Fé e saber em Jürgen Habermas: a religião numa sociedade “pós-secular”. *Revista Interações*, Uberlândia, v. 6, n. 10, p.179-192, 2011.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LORENZETTI, Ricardo L. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. São Paulo: RT, 2010.

LOURENCINI, Antônio R.. O direito canônico e a formação do direito ocidental moderno: dos fundamentos do direito canônico à sua geral influência no ordenamento jurídico estatal, mormente no direito de família (matrimônio). In: JUS NAVIGANDI [Site institucional]. 01 mar. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27059/o-direito-canonical-e-a-formacao-do-direito-ocidental-moderno>. Acesso em: 20 nov. 2021.

LUCENA, Carlos. O pensamento educacional de Émile Durkheim. *Revista HISTEDBR*, Campinas, v. 10, n. 40, p. 295-305, 2010. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/histedbr/article/view/8639820/7383>. Acesso em: 16 fev. 2020.

LUNA, Naara. O direito à vida no contexto do aborto e da pesquisa com células-tronco embrionárias: disputas de agentes e valores religiosos em um Estado laico. *Revista Religião & Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 33, n. 1, p. 71-97, 2013.

MACHADO NETO, Antonio L. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1988.

MACHADO, Igor S. A religião nas decisões de controle de constitucionalidade no Brasil: uma análise das possíveis consequências da PEC 99/11. *Revista Estudos de Sociologia*, Araraquara, v. 23, n. 45, p. 101-121, 2018.

MAFFESOLI, Michel. Apresentação. In: DURKHEIM, Émile. *As formas elementares da vida religiosa: o sistema totêmico na Austrália*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 1-2.

MARIANO, Ricardo. Laicidade à brasileira: católicos, pentecostais e laicos em disputa na esfera pública. *Revista Civitas*, Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 238-258, 2011.

MARMELSTEIN, George. O asno de Buridano, o non liquet e as katchangas. In: DIREITOS FUNDAMENTAIS [Site institucional] 07 de jan. de 2009. Disponível em: <https://direitosfundamentais.net/2009/01/07/o-asno-de-buridano-o-non-liquet-e-as-katchangas/>. Acesso em: 02 out. 2021.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTINOTTO, Fernanda. O STF e a pesquisa em células-tronco embrionárias: uma análise a partir da ADI 3510. *Revista Cadernos da Escola de Direito*, Curitiba, v. 13, p. 425-436, 2010.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *Introdução à crítica da filosofia do direito de Hegel*. Covilhã: Lusofonia Press, 2008.

MARX, Karl. *Crítica da Filosofia de Hegel: introdução*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2010.

MASSUCHIN, Barbara A.; PORTES, Maira. Amicus Curiae: a democratização do debate nos processos de controle concentrado de constitucionalidade. *Revista Ius Gentium*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 191-250, 2010.

MATEUS, Sérgio; CARVALHO, Wanderley T. Conflito de direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana e direito à vida: influência do fenômeno religioso no direito. *Revista Ambiente: Gestão e Desenvolvimento*, Boa Vista, v. 9, n. 2, p. 93-113, 2016.

MELO FILHO, João A. B. V. *Interpretação da Constituição e religião: uma contribuição possível*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2010.

MENDES, Andressa S.; AZEVEDO, Gilson X. A influência do direito canônico para o direito brasileiro. *Revista Faqui*, Quirinópolis, v. 1, n. 11, p. 44-62, 2021.

MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo Gustavo G. B. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDONÇA, Antonio G. República e pluralidade religiosa no Brasil. *Revista USP*, São Paulo, n. 59, p. 144-163, 2003.

MONTERO, Paula; SILVA, Aramis L.; SALES, Lilian. Fazer religião em público: encenações religiosas e influência pública. *Revista Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, v. 24, p. 131-164, 2018.

MORAIS, Márcio E. Religião e direitos fundamentais: o princípio da liberdade religiosa no Estado Constitucional Democrático brasileiro. *Revista RBDC*, São Paulo, v. 18, p. 225-242, 2012.

NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do direito*. 36. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratustra*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

NIETZSCHE, Friedrich. *O anticristo: maldição ao cristianismo*. São Paulo: Cia das Letras, 2007.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUNES, Rizzatto. *Manual de introdução ao estudo do direito*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ORO, Ari P. A laicidade no Brasil e no Ocidente: algumas considerações. *Revista Civitas*, Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 221-237, 2011.

PEREIRA, Deborah M. D. B. *Ação de descumprimento de preceito fundamental, de 2009*. In: CONJUR [Site institucional]. [online]. [n.p.]. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/adpf-uniao-entre-pes.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2021.

PEZARINI, Gustavo L.; PITTA, Rafael G. A importância dos precedentes judiciais na evolução do Direito brasileiro. *Revista IDCC*, Londrina, v. 5, n. 1, p. 31-44, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.48159/revistadoidcc.v5n1.pezarini.pitta>. Acesso em: 21 ago. 2021.

PIMENTA, Marcelo V. A. *Direito Constitucional em Perguntas e Respostas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

PINHEIRO, Rodrigo C. R. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHEIRO, Victor S.; PIMENTEL, Marcela S. Secularização, Estado laico e direito à liberdade religiosa: aproximação da sociologia histórica de Charles Taylor e da filosofia jurídica de John Finnis. *Revista Juris Poiesis*, São Paulo, v. 23, p. 323-353, 2020.

PONZILACQUA, Marcio H. P. *Direito e religião: abordagens específicas*. Ribeirão Preto: FDRP USP, 2016.

RAMIRO, Marcus G. N.; ALVES, Fernando B. Embriões no lixo: os 15 anos da lei de biossegurança, o julgamento da ADI 3510 e a contumaz inércia do legislador brasileiro sobre o tema. *Revista Argumentum*, Marília, v. 22, n. 1, p. 275-296, 2021.

RAMOS, Marcelo M. *Direito e religião: reflexões acerca do conteúdo cultural das normas jurídicas*. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 5, p. 49-76, 2010.

RANQUETAT JR, César A. Laicidade, laicismo e secularização: definindo e esclarecendo conceitos. *Revista Sociais e Humanas*, Santa Maria, v. 21, n. 1, p. 67-75, 2008.

RANQUETAT JR, César A. *Laicidade à brasileira: Um estudo sobre a controvérsia em torno da presença de símbolos religiosos em espaços públicos*. Tese (Doutorado em Antropologia Social) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

REIMER, Haroldo. *Liberdade religiosa na história e nas constituições do Brasil*. São Leopoldo: Oikos, 2013.

RIBEIRO, Osvaldo L. Teorias (e quase teorias) da religião: um olhar descritivo. *Revista Horizonte*, Belo Horizonte, v. 17, n. 53, p. 723-756, 2019.

RODRIGUES, Sérgio M. A validade do discurso religioso na esfera pública. *Revista VirtuaJus*, Belo Horizonte, v. 3, n. 4, p. 78-92, 2018.

SALES, Lilian: “Em defesa da vida humana”: moralidade em disputa em duas audiências públicas no STF. *Revista Religião e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 35, n. 2, p.143-164, 2015.

SALES, Lílian. Controvérsias sobre o início da vida no STF: a defesa da vida de fetos e embriões humanos. *Revista Ciências Sociais e Religião*, Campinas, v. 22, p. 1-23, 2020.

SARMENTO, Daniel. Os crucifixos nos tribunais e a laicidade do Estado. In: MAZZUOLI, Valério O.; SORIANO, Aldir G. (orgs). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 192-208.

SCHÜTZ, Gustavo. *O STF e a fundamentação das decisões em casos de conflito moral*. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

SILVA, Adriano C. *A anencefalia fetal e o aborto na Evangelium Vitae do Papa João Paulo II*. Dissertação (Mestrado em Teologia Moral) – Programa de Pós-Graduação em Teologia, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

SILVA, Airton V.; ULRICH, Claudete B. Pluralidade religiosa brasileira: a importância do diálogo inter-religioso. *Revista Protestantismo em Revista*, São Leopoldo, v. 43, n. 01, p. 83-94, 2017.

SILVA, Diogo B. Laicidade e Estado Democrático de Direito: sobre a relação entre o direito, religião e agir prático. *Revista RFD*, Rio de Janeiro, n. 31, p. 69-85, 2017.

SILVA, Emilly J. O. L.; ZUCCO, Luciana P. A laicidade como um problema de gênero no Brasil: debates no Twitter. *Revista Mandrágora*, São Bernardo do Campo, v. 24, n. 2, p. 57-77, 2018.

SILVA, Giordano Barreto Mota da et al. *Descriminalização/legalização do aborto no Brasil: Aspectos religiosos e jurídicos*. (Mestrado em Ciências das Religiões) – Programa de Pós-Graduação em Ciências das Religiões, Faculdade Unida de Vitória, Espírito Santo, 2018.

SILVA, José A. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José A. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José A. As contribuições do direito canônico para o direito romano e suas influências atuais. *Revista Recima21*, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 1-13, 2021.

SILVA JUNIOR, Nilson N. Liberdade de crença religiosa na Constituição de 1988. *Revista Âmbito Jurídico*, São Paulo, n. 72, [n.p.], 2010. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/liberdade-de-crenca-religiosa-na-constituicao-de-1988/#_ftn38. Acesso em: 29 de jun. 2021.

SILVA, Luiza T. P.; VERBICARO, Dennis. O debate sobre a discricionariedade judicial à luz dos fundamentos de Herbert Hart e Ronald Dworkin. *Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade*, Florianópolis, v. 5, n. 2, p. 1-19, 2019.

SILVA NETO, Manoel J. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA NETO, Manoel J. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 2013.

SILVEIRA, Daniel B.; FACHINI, E. .A efetividade da liberdade religiosa como um direito fundamental. *Revista Direito em Debate*, Ijuí, v. 1, p. 51-61, 2019.

SORIANO, Aldir G. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

SORIANO, Aldir G.; MAZZUOLI, Valério O. (Coords). *Direito a Liberdade Religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SOUZA, Draiton G.. Religião e sociedade pós-secular no pensamento de Habermas. *Revista RECHTD*, São Leopoldo, v. 7, n. 3, p. 278-284, 2015.

SOUZA, Rodrigo L. O. *Liberdade religiosa: direito fundamental numa sociedade democrática e pluralista*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Universidade Autónoma de Lisboa, Lisboa, 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 3510 DF*. [Impugnação do art. 5 da lei nº 11.105/2005. Pesquisas com células-tronco embrionárias]. Brasília: STF. 29 mai 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 30 set. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade: ADI 4277 DF*. [Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132/RJ pela ADI nº 4277, com a finalidade de

conferir “interpretação conforme a Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil]. Brasília: STF. 05 mai. 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal, de 12 de abril de 2012*. [Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal]. Brasília: STF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 29 nov. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8 Distrito Federal, de 26 de agosto de 2008*. [Audiência pública]. Brasília: STF. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/ADPF54_notas_dia_26808.pdf. Acesso: 27 nov. 2021.

STF [Site institucional]. [s.d.]. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2299631>. Acesso em: 02 out. 2021.

TAIAR, Rogério. *Direito internacional dos direitos humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos*. Tese (Doutorado em Direitos Humanos) – Comissão de Pós-Graduação, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

TALAMANI, Eduardo. Amicus curiae no CPC/15. In: MIGALHAS [Site institucional]. 01 mar. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/234923/amicus-curiae-no-cpc-15>. Acesso em: 23 out. 2021.

TERAOKA, Thiago M. C. *A liberdade religiosa no direito constitucional brasileiro*. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 21 jun. 2021.

VENOSA, Sílvio S. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VIEIRA, Reinaldo F. *O sagrado e o profano imbricados: análise da laicidade no Estado Brasileiro a partir da expressão “Deus seja louvado” nas cédulas de real*. Dissertação (Mestrado em Ciências das Religiões) – Programa de Pós-Graduação em Ciências das Religiões, Faculdade Unida de Vitória, Vitória, 2016.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

WEISS, Raquel. Durkheim e as formas elementares da vida religiosa. *Revista Debates do NER*, Porto Alegre, a. 13, n. 22, p. 95-119, 2012.

ZAKALHUK, Frank E.; MARTINS JUNIOR, Adalberto C. P. Diálogo das fontes: novo método de interpretação no direito brasileiro. *Revista Facider, Colider*, n. 5, [n.p.], [s.d.].

Disponível em: <http://revista.sei-cesucol.edu.br/index.php/facider/article/view/50>. Acesso em: 20 ago. 2021.

ZYLBERSZTAJN, Joana. *O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*. Tese (Doutorado em Direito) – Departamento de Direito do Estado, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

