

## **Notas sobre a liberdade religiosa ao ensejo de um diálogo trans(oceânico) em intercurso jurisprudencial**

Jayme Weingartner Neto<sup>294</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet<sup>295</sup>

### **1. Considerações preliminares**

O exercício docente e a carreira acadêmica têm lá suas agruras, ainda mais em tempos quase inacreditáveis de hostilidade à ciência e, mais amplamente, à razão. Mas há, por outro lado, encontros afortunados, diálogos produtivos, exames de alto nível, convívio respeitoso e fraternal entre os pares. Vivenciamos, os autores do presente texto e nosso homenageado o Professor Doutor e Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça Paulo Ferreira da Cunha (certo que em posições díspares, pois a tradição universitária segue um certo fascínio, um pouco mágico, pelo triângulo que colocou o arguido [Jayme], sob disfarçada proteção do orientador [Ingo], ao crivo do examinador) um destes momentos na arguição à tese doutoral "A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa: um feixe jurídico entre a inclusividade e o fundamentalismo" levada a cabo pelo homenageado com brilho, erudição, rigor e sensibilidade estética memoráveis, lá no longínquo ocaso do verão meridional brasileiro de 2006 (quase nos idos de março), na sua mais austral capital, Porto Alegre. O prestígio que o Professor Paulo Ferreira da Cunha emprestou ao ato público somou-se ao ritmo encantatório do seu discurso, ao denso conteúdo de suas intervenções e à resoluta e fidalga disposição dialógica.

De modo que, quase quinze anos mais tarde, a fortuna permite o reencontro e achamos significativo que se desse no mesmo eixo, objeto de reflexão comum, pesem as trajetórias próprias de cada um dos sujeitos envolvidos nas perspectivas críticas da ciência jurídica. Daí nos ocorreu, partindo de uma suma dogmática da liberdade religiosa em sentido amplo no quadro da Constituição Federal de 1988, realçar alguns casos que bateram à porta do Supremo Tribunal Federal, nomeadamente o ensino religioso nas escolas públicas, o proselitismo religioso em rádios comunitárias, do sacrifício de animais em rituais religiosos, e o dever de acomodação à luz dos dias de guarda religiosos e dos concursos públicos.

---

<sup>294</sup> Professor do Mestrado e Doutorado em Direito da Unilasalle-RS, Pesquisador do Centro Brasileiro de Estudos em Direito e Religião (CEDIRE), Doutor em Direito do Estado (PUCRS) e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais (Universidade de Coimbra), Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul/Brasil, Diretor da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul.

<sup>295</sup> Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Escola de Direito da PUCRS. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Advogado e Parecerista.

O mero enunciar da casuística dá conta da relevância e da atualidade do tema. Logo percebemos, do lado de cá do Atlântico, e gostaríamos de partilhar com o homenageado, se bem que o sabe, mercê de uma voragem enciclopédica com que acompanha nossas vicissitudes, o quanto a problemática da liberdade religiosa ganhou os espaços da vida brasileira, pública e privada, o que se reflete muito acentuadamente no Supremo Tribunal Federal, considerado um raio temporal relativamente estreito.



Jayme W.N.



Ingo W. S.

Com efeito, quando, nos primeiros anos do século que já vai para a terceira década, nos debruçamos sobre a liberdade religiosa, porque, antecipava o orientador, era de demanda crescente e que carecia de maior reflexão e sistematização, de fato era parca a literatura realmente especializada e modesto o arco jurisprudencial; contavam-se, nos dedos de uma mão, os processos de controle concentrado de constitucionalidade que, desde a Constituição Federal, haviam desafiado a atenção da Suprema Corte. O quadro

agora é outro, de crescente e alentada doutrina, e de certa exuberância no STF. Os últimos dez, doze anos têm sido pródigos em reverberações jurisdicionais, sobretudo de cinco anos para cá. Portanto, a pragmática aí está, os tópicos problemáticos sucedendo-se, ao alcance da doutrina e da academia, na busca da maior coerência e segurança possíveis para, ancorados nos dispositivos textuais da Constituição, densificarmos o feixe de posições jusfundamentais apto a harmonizar a maximização da inclusividade (acolher as confissões e práticas minoritárias) com a tolerância ao fundamentalismo-crença e o bloqueio ao fundamentalismo-militante, que foi nossa discussão comum na tal banca de doutorado.

E isso tudo, agora, num substrato de mobilidade das crenças religiosas e de intensa disputa por fiéis – um horizonte no qual, vale o slogan, “o pastor sobe e o padre desce”, as religiões afro-brasileiras lutam contra uma construída invisibilidade e poder político da religião concretiza-se em poderosa bancada parlamentar. Nada de novo sob o sol, bem vistas as coisas.

O fenômeno religioso, ao longo da história humana, outra das especialidades do homenageado,<sup>296</sup> sempre revelou ser poderoso vetor de coesão social. Por outro lado, também muitas vezes foi manejado para a opressão e a discriminação, especialmente em relação aos “infieis” ou não crentes. Daí que a experiência constitucional procure regrá-lo, seja ao garantir a livre opção e exercício da liberdade de religião e de culto, pelo menos em Estados Democráticos de Direito, mas ao mesmo tempo estabelecer determinados limites. Além disso, percebe-se que a dimensão espiritual é constitutiva da dignidade humana (também no aspecto *identitário*), bem por isso imprescindível para assegurar a autodeterminação pessoal, na condição de uma tutela individual de concretização da *dignidade*, expressão de dimensão existencial pessoal nuclear. Por tudo isso, o direito constitucional do Estado Democrático de Direito ocupa-se desta fundamental liberdade pública, a fim de compatibilizar a mais ampla e livre (con)vivência religiosa com os valores constitucionais basilares, em especial da igual dignidade e liberdade, do pluralismo intercultural, da tolerância e da justiça social.

Diante desse programa normativo, deve-se operar com um *conceito amplo* de liberdade religiosa e de religião (um âmbito normativo alargado), que aposte no maior grau de *inclusividade* (abertura para religiões minoritárias e inconventionais) compatível com a igual liberdade e dignidade dos cidadãos, anteparos ao *fundamentalismo-militante*, que discrimina e quer se impor aos não crentes.<sup>297</sup> A obra referida na nota engalana-se com portentosa apresentação do homenageado intitulada “Religião, Liberdades e Direito”.

Embora o Brasil não responda, atualmente, a processos perante a Corte Interamericana de Justiça, nem se tenha notícia de reclamações no âmbito do Comitê de Direitos Humanos, o país experimentou, recentemente, incremento no quadro das

---

<sup>296</sup> Veja-se a monumental obra CUNHA, Paulo Ferreira da, e outros. *História do direito: do direito romano à constituição europeia*. Coimbra: Almedina, 2010. Referindo-se à ausência de Deus e do Cristianismo no Preâmbulo da Constituição Europeia, lançava conselho de sabedoria: “Não vai a presença nominal de Deus baptizar um texto que é sobretudo laico. E quanto ao Cristianismo (...) nem seria preciso rever nada e nada acrescentar: porque não competindo a uma Constituição de uma organização laica meter-se em teologias ou paralelogramas de forças religiosas, e apenas sendo justa e jurídico-politicamente de relevante enquadramento uma referência a raízes e fundamentais legados históricos culturais, afinal o texto contempla o que tem de contemplar.” (p. 265).

<sup>297</sup> Confira-se, para discussão mais ampla e detalhada, inclusive de aspectos históricos, com farta indicação bibliográfica, WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças e cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. O conceito de fundamentalismo religioso e a distinção entre fundamentalismo-crença e fundamentalismo-militante encontra-se às pp. 50-4 e uma perspectiva de tratamento seletivo entre eles às pp. 247-51. Para a Apresentação de Paulo Ferreira da Cunha, vide pp. 17-21.

hostilidades sociais em face da questão religiosa. Nesse sentido, embora tal aspecto não seja esse o nosso enfoque, vale lembrar que o Brasil ratificou os principais tratados internacionais que dizem respeito ao tema, tratados que se integram ao direito interno com estatura supralegal (de acordo com a orientação atual do Supremo Tribunal Federal (STF), e que, portanto, informam a própria concretização legislativa e aplicação jurisdicional no domínio da liberdade religiosa.

A rigor, no que tange a restrições e embaraços governamentais, o quadro legal-institucional situa-se, numa comparação com 198 países realizada pelo Pew Research Center numa série entre 2007 e 2013, em nível baixo. Todavia, no quadro das hostilidades sociais, praticadas entre indivíduos, organizações ou grupos privados (que podem ir de conflitos armados a assédios e intimidações, vandalismos e injúrias), o Brasil classifica-se em nível alto e o viés é de incremento do risco, nada obstante tal indicador (soma de níveis alto e muito alto), na média mundial, tenha caído de 33% (2012) para 27% (2013).<sup>298</sup>



Doutorado de Jayme W.N.

No plano normativo, seja como for, a Constituição Federal de 1988 (CF), vista de modo sistemático, pode-se considerar atenta ao fenómeno religioso, que vai separado do Estado, por sua vez não confessional, constituindo-se uma Constituição cooperativa, solidária e tolerante em relação às vivências religiosas.

Com tais premissas, o presente texto, depois de breve enquadramento dogmático da liberdade religiosa no quadro jurídico-constitucional brasileiro, seleciona relevantes decisões do STF, algumas ainda pendentes, para dar conta tanto do estado da arte da matéria, que é uma das predileções do homenageado. E a escolha jurisprudencial talvez revele, ainda, uma derradeira afinidade, pois os envolvidos na referida banca de doutoramento acabaram, todos, reencontrando-se no exercício jurisdicional, cada um por caminhos diversos, o mais fulgurante, certamente, o do Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal.

---

<sup>298</sup> Ainda assim, dentre os 25 países mais populosos do mundo, levando em consideração ambos os indicadores, o Brasil, junto com República Democrática do Congo, Japão, Filipinas e África do Sul, encontra-se no limiar inferior, ao passo que Egito, Indonésia, Paquistão, Rússia e Turquia lideram o preocupante ranking. Cf. PewResearchCenter.. Religion & Public life ([www.pewforum.org/2015/02/26/religious-hostilities/](http://www.pewforum.org/2015/02/26/religious-hostilities/) acesso em 13 de maio de 2020).

## 2. O enquadramento e configuração dogmático da liberdade religiosa na arquitetura constitucional brasileira

Como se sabe, mas aqui a título de pressuposto necessário para o desenvolvimento posterior do texto, a CF consagra um direito geral à liberdade religiosa. No texto constitucional, deve-se partir dos artigos 5º, incisos VI, VII e VIII; 19, inc. I; 143, §§ 1º e 2º; 150, inc. VI, “b”; 210, § 1º [*o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental*]; 213, *caput*, e inc. II; e 226, § 2º (além da referência, no Preâmbulo: “sob a proteção de Deus”).

Os três dispositivos do artigo 5º consagram, a rigor, dois direitos fundamentais distintos, embora conexos: a liberdade de consciência e a liberdade de religião. A primeira parte do inciso VI assegura genericamente a liberdade de consciência que, adiante, no inciso VIII, densifica-se no direito à objeção (ou escusa) de consciência. Tal liberdade, em suma, traduz-se na autonomia moral-prática do indivíduo, a faculdade de autodeterminar-se no que tange aos padrões éticos e existenciais, seja da própria conduta ou da alheia – na total liberdade de autopercepção, seja em nível racional, mítico-simbólico e até de mistério. Já a *liberdade de religião*, como *direito complexo*, engloba em seu *núcleo essencial*, a *liberdade de ter, não ter ou deixar de ter religião* e desdobra-se em *várias concretizações*: *liberdade de crença* (2ª parte do inciso VI), as liberdades de expressão e informação em matéria religiosa, a *liberdade de culto* (3ª parte do inciso VI) e uma sua especificação, o *direito à assistência religiosa* (inciso VII) e outros direitos fundamentais relacionados, como o de reunião e associação e a privacidade, com as peculiaridades que a dimensão religiosa acarreta.

Quanto ao *âmbito normativo*, a liberdade religiosa compreende duas grandes dimensões, apresentando-se como *direito subjetivo* (1) e como *vetor objetivo* (2). Examinada na ótica do direito subjetivo, comporta duas outras categorias, consoante o titular respectivo: *direitos subjetivos individuais* (1.1), que pertencem aos brasileiros e estrangeiros (pessoas naturais), incluindo os menores e os incapacitados (com particularidades no seu exercício); e *direitos subjetivos das pessoas jurídicas* (1.2), titulados pelas igrejas e confissões religiosas. Vista pelo prisma objetivo, a liberdade religiosa apresenta pelo menos três vertentes: *princípios* (2.1), *deveres de proteção* (2.2) e *garantias institucionais* (2.3).<sup>299</sup>

No que tange à dimensão objetiva (2), trata-se de um problema estrutural, atinente à organização do Estado, ínsita à formatação político-administrativa do Estado democrático de direito a noção de que as *confissões religiosas devem andar apartadas de seu edifício* – idéia da separação das confissões religiosas do Estado, princípio da separação Igreja/Estado, consagrado no inciso I do artigo 19 da Constituição. A doutrina brasileira costuma tratar do tema sob o manto da liberdade de organização religiosa, identificando o princípio da separação (também da neutralidade e/ou da não confessionalidade), referindo-se, esparsamente, à cooperação

Nessa perspectiva hermenêutica e com tais premissas dogmáticas,<sup>300</sup> segue a análise dos precedentes escolhidos da jurisprudência do STF.

<sup>299</sup> A dogmática constitucional vai tratada em SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em Espécie, in: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020, p. 533 e ss. Confirma-se *Catálogo de Posições Jusfundamentais* (CPJ, mais de oitenta) que densifica o conteúdo e o alcance da liberdade religiosa. Para discussão ampla e detalhada, inclusive de aspectos históricos, com farta indicação bibliográfica, WEINGARTNER NETO (2007).

<sup>300</sup> Uma perspectiva jurisprudencial sistemática, com olhos também em decisões mais antigas do STF, encontra-se em WEINGARTNER NETO, “Liberdade religiosa na jurisprudência do STF. In. SARMENTO, Daniel/SARLET, Ingo Wolfgang. (Coords). *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e*

### 3. Apresentação e breve análise dos principais casos submetidos ao STF

#### 3.1. Dever de acomodação, dias de guarda religiosos e concursos públicos

No julgamento da STA 389 AgR (2009), *ao rejeitar agravo regimental interposto contra decisão (de Desembargador do TRF da 3ª Região), que suspendera “determinação de que fosse oportunizada a autores de ação ordinária oriunda de Minas Gerais – alunos secundaristas que professam a fé judaica – a participação no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), em dia compatível com exercício da fé por eles professada (que seria fixado pelas autoridades responsáveis pela realização das provas e teria o mesmo grau de dificuldade das provas realizadas por todos os demais estudantes), a Corte manteve o fundamento da decisão impugnada (risco à ordem pública, em termos de ordem jurídico-administrativa).*<sup>301</sup>

Nesse caso, o Tribunal afirmou indubitável que o direito fundamental à liberdade religiosa impõe ao Estado o *dever de neutralidade em face do fenômeno religioso*, proibido que privilegie certa confissão em detrimento das demais – o que *não significa “indiferença estatal*, sendo necessário que o Estado, em determinadas situações, adote *comportamentos positivos*, a fim de evitar barreiras ou sobrecargas que venham a inviabilizar ou dificultar algumas opções em matéria de fé”.

Ressaltou-se não ser inconstitucional, dessa forma, que o Estado venha a se relacionar com as confissões religiosas, tendo em vista, inclusive, os benefícios sociais que elas são capazes de gerar, não se admitindo, entretanto, que assuma certa concepção religiosa como a oficial ou a correta, que beneficie um grupo religioso ou lhe conceda privilégios em detrimento de outros. Portanto, dever-se-ia promover a livre competição no “mercado de idéias religiosas”.

Tais ações positivas, contudo, apenas são legítimas se preordenadas à manutenção do livre fluxo de idéias religiosas e se comprovadamente não houver outro meio menos gravoso de se alcançar esse desiderato, devendo-se ter o cuidado de que a medida adotada estimule a igualdade de oportunidades entre as confissões religiosas e não, ao contrário, seja fonte de privilégios e favorecimentos.

Afirmou-se, ainda, que a designação de *dia alternativo* para a realização das provas do ENEM pelo grupo religioso em questão, apesar de poder ser, *em princípio, considerada uma medida de “acomodação”, apta a afastar as mencionadas sobrecargas indesejáveis*, não estaria em consonância com o princípio da isonomia, convolvando-se em privilégio para esse grupo. Observou-se, no ponto, que *o Ministério da Educação oferta*

---

*crítica*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011, pp. 481/530. Comentários mais recentes e detalhados sobre a liberdade de religião, na ótica constitucional, inclusive com referência a constituições estrangeiras e direito internacional, em WEINGARTNER NETO, Comentários ao artigo 5º, incisos VI a VIII e artigo 19, incisos I a III. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio L. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.

<sup>301</sup> Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada. 2 Pedido de restabelecimento dos efeitos da decisão do Tribunal a quo que possibilitaria a participação de estudantes judeus no Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) em data alternativa ao Shabat. 3. Alegação de inobservância ao direito fundamental de liberdade religiosa e ao direito à educação. 4. Medida acautelatória que configura grave lesão à ordem jurídico-administrativa. 5. Em mero juízo de delibação, pode-se afirmar que a designação de data alternativa para a realização dos exames não se revela em sintonia com o princípio da isonomia, convolvando-se em privilégio para um determinado grupo religioso. 6. Decisão da Presidência, proferida em sede de contracautela, sob a ótica dos riscos que a tutela antecipada é capaz de acarretar à ordem pública. 7. Pendência de julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 391 e nº 3.714, nas quais este Corte poderá analisar o tema com maior profundidade. 8. Agravo Regimental conhecido e não provido. (STA 389 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2009, DJe-086 DIVULG 13-05-2010 PUBLIC 14-05-2010 EMENT VOL-02401-01 PP-00001 RTJ VOL-00215-01 PP-00165 RT v. 99, n. 900, 2010, p. 125-135).

*aos candidatos que, em virtude de opções religiosas não podem fazer as provas durante o dia de sábado, a possibilidade de fazê-las após o pôr-do-sol, medida que já vem sendo aplicada, há algum tempo, em relação aos adventistas do sétimo dia, grupo religioso que também possui como “dia de guarda” o sábado. Não obstante, salientando não se estar insensível ao argumento de que medida adotada pelo MEC poderia prejudicar os candidatos praticantes da citada profissão religiosa — os quais *teriam de ser confinados*, para apenas ao fim do dia iniciar as suas provas —, considerou-se que tal medida revelar-se-ia, diante dos problemas decorrentes da *designação de dia alternativo*, mais condizente com o dever do Estado de neutralidade em face do fenômeno religioso, bem como com a necessidade de se tratar todas as denominações religiosas de forma isonômica.*

O Min. Gilmar Mendes, por fim, consignou *não se cuidar de posicionamento definitivo* desta Corte sobre a matéria, pois havia ações diretas de inconstitucionalidade pendentes de julgamento, nas quais seria possível se aprofundar sobre o tema, de modo a definir, com maior acuidade, o âmbito de proteção e o alcance do direito fundamental à liberdade religiosa (CF, art. 5º, VIII). Vencido o Min. Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso, restabelecendo a decisão do TRF da 3ª Região que determinara fosse observada a cláusula final do inciso VIII do art. 5º da CF, a revelar que se deveria sempre sinalizar com uma prestação alternativa, no caso, a designação do exame para um dia útil.

Trata-se de mais um caso envolvendo o problema das provas e concursos, sendo, de longe, o julgado em que mais adentrou a Suprema Corte na configuração material do problema específico, fornecendo, ainda, substanciais subsídios para avançar na determinação do âmbito de proteção e alcance do direito fundamental à liberdade religiosa. Reconheceu o Tribunal, na dimensão objetiva, o princípio da não confessionalidade, que não significa indiferença nem afasta comportamentos positivos do Estado (que identifique como princípios da cooperação e da solidariedade e que podem chegar ao dever de aperfeiçoamento já citado. Parece que o STF reconhece a constitucionalidade da “acomodação” da religião pelo poder público – no escopo de evitar sobrecargas para as minorias – e que, no caso concreto, foi razoavelmente alcançado (o dever de acomodação razoável) pelo Ministério da Educação (apesar do inconveniente do confinamento). Assim, na leitura se faz da decisão, afirmou-se “a priori” o direito subjetivo à dispensa do trabalho e de aulas/provas por motivo religioso, que só se tornará posição definitiva quando ponderado com as demais circunstâncias (acomodação razoável da situação pela Administração, não violação da isonomia com adeptos de outras religiões e, mesmo, em relação a não crentes etc.). A partir de 2019, o Art. 7º-A da Lei nº 9.394/96, com a redação dada pelo Lei Federal nº 13.796/2019 prevê a escusa de consciência para o caso de ausência religiosamente motivada em dias de prova ou de aula.<sup>302</sup>

De outro banda, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3901 - PA (2007), que indaga se “Provas e concursos públicos ou seleções de vestibulares devem apresentar horários alternativos para sabatistas e outros?” continua sem deslinde. Entretanto, no Recurso Extraordinário (RE) nº 611.874 interposto pela União, o STF

---

<sup>302</sup> “Ao aluno regularmente matriculado em instituição de ensino pública ou privada, de qualquer nível, é assegurado, no **exercício da liberdade de consciência e de crença**, o **direito** de, mediante prévio e motivado requerimento, **ausentar-se de prova ou de aula** marcada para **dia** em que, **segundo os preceitos de sua religião**, seja **vedado o exercício de tais atividades**, devendo-se-lhe atribuir, a critério da instituição e sem custos para o aluno, uma das seguintes **prestações alternativas**, nos termos do inciso VIII do **caput** do art. 5º da Constituição Federal” (Art. 7º-A, *caput*, da Lei nº 9.394/2006).

reconheceu, em 2011, a repercussão geral da questão e avaliará a possibilidade de alteração de data e horário em concurso público para candidato adventista.<sup>303</sup>

Ainda atinente ao dever razoável de acomodação, o feriado de Zumbi encerra grande polêmica (a data seria 20 de novembro e é comemorada em vários estados e centenas de municípios Brasil afora, mas rechaçada por alguns tribunais estaduais, inclusive o do Rio Grande do Sul), com ressonâncias possíveis na linha da religiosidade afro-brasileira, o que permanece em aberto e com resoluções muito díspares nos diversos entes federados. Fica, pelo menos, a lembrança de que o Estado também há de ponderar a tradição cultural (apoiar e incentivar a valorização e a difusão das manifestações culturais) e considerar a “fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais”, a par de proteger as culturas populares, indígenas e afro-brasileiras (CF 88, art. 251, § 1º e 2º).

Alguna redução de complexidade operou o legislador. Em nível federal, a Lei nº 10.607/2002 estabeleceu que são feriados nacionais: 1º/01, 21/4, 1º/5, 7/9, 02/11, 15/11 e 25/12.<sup>304</sup> A Lei nº 6.802/80 estabeleceu que “é declarado feriado nacional o dia 12 de outubro, *para culto público e oficial a Nossa Senhora Aparecida, Padroeira do Brasil*”. No que tange ao “culto público e oficial”, por afronta ao princípio da não confessionalidade, considera-se quase óbvio que a norma não foi recepcionada pela CF 88. Já a Lei nº 9.093/95,<sup>305</sup> estabeleceu, no art. 1º, como feriados civis: I – os declarados em lei federal; II – a data magna do Estado fixada em lei estadual; III – os dias do início e do término do ano do centenário de fundação do Município, fixados em lei municipal. No seu art. 2º determinou que “*são feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluído a Sexta-Feira da Paixão*”.

Necessário, portanto, compatibilizar a fixação dos feriados religiosos com a determinação constitucional de respeito à diversidade religiosa de cultos, crenças e liturgias, a permitir o livre exercício de crença e religião.

### 3.2. Sacrifício ritual de animais

No âmbito do Recurso Extraordinário nº 494.601 (2006), *questiona-se dispositivo, no âmbito de Código Estadual de proteção aos animais, que permite o sacrifício ritual de animais, por considerá-lo livre exercício dos cultos e liturgias de matriz africana*.<sup>306</sup>

No Rio Grande do Sul, em virtude da edição de *Código Estadual de Proteção aos Animais*, controverteu-se a questão, no que pode ser considerado um *leading case*. A Lei Estadual nº 11.915, de 21/5/2003, na tutela dos animais, visa a “compatibilizar o desenvolvimento socioeconômico com a preservação ambiental”. Em seu art. 2º, estabeleceu as vedações gerais, proibindo condutas ofensivas ao bem jurídico tutelado. No art. 16, tratou do abate de animais.

<sup>303</sup> Correlacionado, em 2018 o STF também reconheceu repercussão geral no RG-ARE 1.099.099-SP. O Supremo Tribunal Federal irá decidir se o administrador público deve estabelecer obrigação alternativa para servidor em estágio probatório que estiver impossibilitado de cumprir determinados deveres funcionais por motivos religiosos. O recurso extraordinário foi interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP) que manteve sentença em mandado de segurança impetrado por uma professora adventista que foi reprovada no estágio probatório por descumprir o dever de assiduidade. Segundo os autos, ela não aceitou ministrar aulas às sextas-feiras após o pôr do sol e teria faltado 90 vezes injustificadamente em razão de suas convicções religiosas.

<sup>304</sup> Dando nova redação ao art. 1º da Lei nº 662/49 e revogando a Lei nº 1.266/50. Dois, dos sete feriados elencados, são visivelmente religiosos (02/11 e 25/12).

<sup>305</sup> Com a redação dada pela Lei nº 9.335/96.

<sup>306</sup> STF, RE 494.601, Rel. Min. Marco Aurélio, distribuída em 29/9/2006.



Seguiu-se acirrada polêmica, com amplo noticiário nos meios de comunicação social, alegando as *comunidades religiosas afro-brasileiras* que estavam sendo *discriminadas* ou *constrangidas*, em face do sacrifício ritual de animais, ameaçadas pelo poder de polícia e temerosas de sanção penal.<sup>307</sup> Dicotomizaram-se as posições, de um lado os “ambientalistas” (ao menos, algumas correntes e setores) e, de outro, os “religiosos”, representados por associações e movimentos, aos quais se somaram ativistas do movimento negro; os primeiros pugnavam pela aplicação estrita do Código de Proteção aos Animais; os segundos pretendiam ressaltar que suas práticas religiosas continuavam lícitas. Nesse contexto, adveio a Lei Estadual nº 12.131, de 22/7/2004, que acrescentou parágrafo único ao citado artigo 2º da Lei nº 11.915/2003 (Código Estadual de Proteção aos Animais). Literalmente: “*Não se enquadra nessa vedação o livre exercício dos cultos e liturgias das religiões de matriz africana*”.<sup>308</sup>

Ao entendimento de que a Lei Estadual nº 12.131/2004 era formal e materialmente inconstitucional, por ter tratado indevidamente de matéria penal (competência legislativa privativa da União) e ter desrespeitado o princípio isonômico, ao excepcionar apenas os cultos de matriz africana, o Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em 22/10/2004, promoveu Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Pleno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.<sup>309</sup> No primeiro caso, alega-se que o art. 32 da Lei nº 9.605/98 (Lei Federal dos Crimes Ambientais) dispõe ser crime praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos (no art. 37, o mesmo diploma legal federal estabelece causas de justificação, permitindo o abate de animais em caso de estado de necessidade, fome, v.g.; para proteger lavouras, pomares e rebanhos; e por ser o animal nocivo – vale dizer, *não excepciona o sacrifício religioso*).<sup>310</sup> Quanto ao aspecto material, a peça vestibular rebela-se contra a violação da isonomia, em face do favorecimento às religiões afro-brasileiras, sendo o privilégio específico incompatível com a natureza laica do Estado (art. 19, I, da Constituição).<sup>311</sup>

<sup>307</sup> Descobriu-se recentemente, arguindo uma dissertação de mestrado (Michel Ferrari Borges dos Santos, UNOESC, Chapecó, SC, abril de 2020), que o projeto original do Código Estadual de Proteção aos Animais do Rio Grande do Sul pretendia vedar explicitamente o sacrifício ritual de animais, ao referir “cerimônias religiosas” e “feitiços” no âmbito das condutas proibidas – Projeto de Lei nº 447/1991.

<sup>308</sup> O Decreto nº 43.252, 22/7/2004, regulamentou o indigitado artigo 2º. Considerou que os animais são merecedores de atenção especial por parte do Poder Público “e que é inviolável a liberdade de consciência e de crença, assegurado o livre exercício de cultos religiosos” e dispôs: *Para o exercício de cultos religiosos, cuja liturgia provém de religiões de matriz africana, somente poderão ser utilizados animais destinados à alimentação humana, sem utilização de recursos de crueldade para a sua morte* (art. 2º).

<sup>309</sup> ADI nº 70010129690.

<sup>310</sup> A inicial consigna, e bem: “*É de advertir, porém, que a supressão do dispositivo impugnado não inviabilizará as práticas de cultos africanos, pois, apesar de vedada a crueldade contra animais, sempre será possível aferir, em cada caso concreto, a prevalência, ou não, do direito fundamental à liberdade religiosa*”. Sinala, também, que já havia a proibição de submeter animais a crueldade, ao menos desde o art. 64 da Lei das Contravenções Penais. E, “mesmo sem exceção expressa a tal regra, já se podia entender que os sacrifícios rituais ali não se enquadravam (...) O dispositivo atacado, mesmo que tivesse sido veiculado por lei federal, afigura-se, assim, até mesmo desnecessário, porquanto jamais a liberdade de religião, constitucionalmente garantida, poderia ser afetada decisivamente em seu núcleo essencial por norma protetiva de animais. E isso porque parece evidente que, no caso, o direito de liberdade goza de primazia qualificada (*preferred position* do direito norte-americano) relativamente à proteção ambiental. Em sendo assim, impedir o sacrifício ritual de animais implica, para esses cultos, a perda da própria identidade da sua expressão cultural.”

<sup>311</sup> Nesse caso, “o *discrimen* em favor das religiões afro-brasileiras revela-se arbitrário, por carente de justificação jusfundamental. Cuida-se de tentativa de compatibilização de interesses políticos – ambientalistas e religiosos – que levou o Parlamento estadual a uma decisão equivocada, privilegiadora de apenas uma expressão cultural, deixando à margem inúmeras outras, também titulares do amparo constitucional (art. 5º, VI)”. No corpo da fundamentação, a petição cita o entendimento de Celso Antônio Pacheco Fiorillo, que inclui o sacrifício de animais em ritos religiosos nas hipóteses de *conflito aparente entre o meio ambiente natural e o meio ambiente cultural* (arts. 215 e 216, CF 88). Para dirimir a “aparente litigiosidade”, utiliza-se

No deslinde da causa, fracionou-se o Órgão Pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por maioria julgando improcedente a ação e afirmando a constitucionalidade do dispositivo inquinado, ao explicitar não infringir o Código Estadual o *sacrifício ritual em cultos e liturgias das religiões de matriz africana, desde que sem excessos ou crueldades* – mesmo porque “não há norma que proíba a morte de animais, e, de toda sorte, no caso a liberdade de culto permitiria a prática”.<sup>312</sup> Merece análise a fundamentação, a iniciar pelo voto do relator, que prevaleceu. Sob ponto de vista formal, não se usurpou competência da União em matéria penal, já que o preceito inquinado (parágrafo único) “tão-só pré-exclui dos atos arrolados no próprio dispositivo [art. 2º] as práticas religiosas”, de modo algum pretendendo eliminar o crime capitulado no art. 32 da Lei nº 9.605/98. Quanto à isonomia, em face da existência de outras religiões que se ocupam de sacrifício ritual, mostra-se a disposição “apenas insuficiente e suscetível de generalização”. Ainda, “nada exclui a incidência de normas penais em casos concretos e específicos, preenchidos os respectivos pressupostos”.<sup>313</sup>

Nem no art. 64 da Lei das Contravenções Penais, nem do citado art. 32 da Lei nº 9.605/98, prossegue o relator, acomoda-se o “sacrifício ritual de animais”. Citou, ainda, para servir como *diretriz geral*, precedente da Suprema Corte norte-americana (*Church of Lukumi Balalu Aye v. City of Hialeah*), em que leis locais, que proibiam expressamente o sacrifício de animais (prática religiosa ligada à “Santería”, trazida por negros cubanos), foram invalidadas, pois “as autoridades locais deviam respeitar a tolerância religiosa”.<sup>314</sup>

Tendo embargos de declaração desacolhidos, o Ministério Público interpôs Recurso Extraordinário, com fundamento no artigo 102, inciso III, alínea “a”, da CF

---

do princípio do desenvolvimento sustentável, de análise específica caso a caso, sem prevalência automática. Pondera a inicial que “não há como deixar-se de, em cada caso concreto, verificar se os limites de compatibilização entre manifestação cultural e proteção à fauna foram observados”. E sugere alguns parâmetros: “ritos exóticos sem significação cultural, abate de animais em vias de extinção, utilização de meio desnecessário à atividade, provocação de sofrimento exagerado aos animais” deslegitimariam a expressão cultural e poderiam caracterizar infração penal. Repete, ao cabo, que o dispositivo tido por inconstitucional apresenta-se manifestamente *inócuo*, pois “não afasta a necessidade de compatibilização dos princípios constitucionais em choque em cada situação concreta”, apenas externou *preferência pela manifestação cultural*, decorrente da “posição preferente da liberdade religiosa no catálogo de direitos fundamentais”.

<sup>312</sup> Adin nº 70010129690, Tribunal Pleno, Rel. Des. Araken de Assis, 18/4/2005. “CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA. SACRIFÍCIO RITUAL DE ANIMAIS. CONSTITUCIONALIDADE. 1. Não é inconstitucional a Lei 12.131/04-RS, que introduziu parágrafo único ao art. 2.º da Lei 11.915/03-RS, explicitando que não infringe ao “Código Estadual de Proteção aos Animais” o sacrifício ritual em cultos e liturgias das religiões de matriz africana, desde que sem excessos ou crueldade. Na verdade, não há norma que proíba a morte de animais, e, de toda sorte, no caso a liberdade de culto permitiria a prática. 2. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. VOTOS VENCIDOS.” (citado doravante como “Acórdão”). À unanimidade, rejeitaram preliminar de incompetência da Corte. A constitucionalidade afirmou-se por 15 votos contra 10 (1 vencido parcialmente e 10 integralmente, com 4 alterações de voto na última sessão). Entidades religiosas de matriz africana e ativistas do Movimento Negro postularam intervenção, indeferida. A Mesa da Assembléia Legislativa do Estado alegou a preliminar e, no mérito, sustentou que os rituais afro-brasileiros “pressupõem o sacrifício de animais domésticos em suas liturgias”, criados em cativeiro para este fim específico, o que não afronta a Lei nº 9.605/98.

<sup>313</sup> Acórdão, pp. 4 e 5. “Bastaria, a meu ver, um único praticante de religião que reclame o sacrifício de animais para que a liberdade de culto, essencial a uma sociedade que se pretenda democrática e pluralista, já atue em seu benefício. Dir-se-á que nenhum direito fundamental se revela absoluto. Sim, mas o confronto acabou de ser revolido através do princípio da proporcionalidade. Ao invés, dar-se-ia proteção absoluta ao meio ambiente natural proibindo, *tout court*, o sacrifício ritual” (Des. Rel.).

<sup>314</sup> “Então, não vejo como presumir que a morte de um animal, a exemplo de um galo, num culto religioso seja uma “crueldade” diferente daquela praticada (e louvada pelas autoridades econômicas com grandiosa geração de moedas fortes para o bem do Brasil) pelos matadouros de aves. Existindo algum excesso eventual, talvez se configure, nas peculiaridades do caso concreto, a já mencionada contravenção; porém, em tese nenhuma norma de ordem pública, ou outro direito fundamental, restringe a prática explicitada no texto controvertido” (Acórdão, pp. 7-9).

88.<sup>315</sup> No STF, a Ação Direta de Inconstitucionalidade ensejou o Recurso Extraordinário em comento. Em 03/3/2007, o Procurador-Geral da República ofereceu parecer, “pelo conhecimento e desprovimento do recurso ou pelo provimento parcial deste para expungir da norma questionada a expressão ‘de matriz africana’, permanecendo o dispositivo com a seguinte redação: não se enquadra nesta vedação o livre exercício dos cultos e liturgias das religiões”.

Com relação ao caso, formulam-se, agora, algumas observações:<sup>316</sup>

Parece, à partida, *inviável* que o precedente citado da Suprema Corte norte-americana (*Church of Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah*) possa servir de *diretriz geral*. De fato, neste caso, julgado em 1993, a Suprema Corte invalidou, com base na *Free Exercise Clause* (e não na *Establishment Clause* [que se aproximaria do art. 19, I, CF 88] e menos ainda em face de alguma espécie de “tolerância religiosa”), legislação municipal que proibia o sacrifício de animais, *na medida em que era aplicada a uma particular seita religiosa*, pois os juízes, à unanimidade, entenderam que a normativa fora aprovada com o *único propósito* de “excluir a seita religiosa da cidade”. Todavia, evitaram estabelecer se “membros de uma seita religiosa que utiliza sacrifício de animais ritualmente, estariam inteiramente ao abrigo da cláusula de livre exercício”, de maneira a excepcionar a lei proibitiva, caso esta fosse “uma lei de aplicação geral religiosamente neutra”.<sup>317</sup>

Convém reiterar. No caso citado, os juízes da Suprema Corte *não enfrentaram a questão* de saber se “uma lei religiosamente neutra, que banisse todos os sacrifícios de animais, teria que permitir exceções para as hipóteses de sacrifício de animais em rituais religiosos”. Em face do propósito de suprimir determinada seita religiosa, os juízes foram unânimes quanto à inconstitucionalidade, mas a maioria deles não viu razão para questionar o princípio de que uma lei religiosamente neutra, de aplicação geral, deveria atingir também as pessoas com crenças religiosas dissonantes. Assim, a legislação de Hialeah, na medida que tinha como alvo a comunidade religiosa “Church of the Lukumi Babalu Aye” (que professava a *Santería* e, por isso, estava sendo discriminada – o regramento local excetuava virtualmente todas as formas de sacrifício animal, exceto àquelas utilizadas pela religião em tela), e não conseguindo a Municipalidade demonstrar qualquer interesse prevacente que justificasse a proscrição somente do sacrifício de animais em rituais religiosos, foi invalidada. Porém, Novak e Rotunda figuram a hipótese (mais próxima do caso em comento, no nosso entender) de uma *lei religiosamente neutra*, que fosse uniformemente *aplicável a todas as pessoas*, proibindo o sacrifício de animais.

---

<sup>315</sup> Petição de 06/10/2005. Em síntese, reiterando os argumentos de invasão da competência da União, por cuidar de matéria penal, bem como o da violação ao princípio isonômico e ao caráter laico do Estado brasileiro, por privilegiar apenas religiões de matriz africana. Prequestionou a incidência dos arts. 5º, *caput*, 19, I, e 22, I, da CF 88.

<sup>316</sup> Para referências mais detalhadas, inclusive indicação de doutrina norte-americana e decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão, a par de doutrina brasileiro na linha da sociologia das religiões vide WEINGARTNER NETO, Jayme. Entre anjos e macacos, a prática humana de sacrifício ritual de animais. In: Carlos Alberto Molinaro e outros (Org.). *A dignidade da vida e os direitos fundamentais para além dos humanos: uma discussão necessária*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, pp. 331-59 – especialmente pp. 350 e ss. (diretrizes para resolução do caso no STF).

<sup>317</sup> Em vez disso, os juízes consideraram que a legislação municipal visava a proibir somente o sacrifício ritual de animais praticado pela religião *Santería* (o momento em que foi votada e outros fatos, tudo demonstrava que a legislação só fora adotada quando a Municipalidade soubera que membros da *Santería* estavam por estabelecer um lugar de culto na Cidade). Vale dizer, a lei em questão tinha um *evidente propósito inconstitucional*, de obstaculizar a liberdade religiosa. A lei que não passasse no teste de “neutralidade religiosa” e “aplicabilidade geral” deveria ser objeto de um “estrito escrutínio judicial” e só seria constitucional se “realmente necessária para atender a relevante interesse governamental”. *A Suprema Corte tem indicado que uma lei religiosamente neutra deve ser seguida por todas as pessoas, inclusive por aquelas cujas crenças religiosas determinem-lhes a desobediência*. Entretanto, em alguns poucos casos (v.g., para obtenção do auxílio desemprego), a Corte tem aberto exceções.

A lei não tenciona suprimir atos religiosamente motivados, antes tem o propósito de promover tanto a saúde pública quanto prevenir a “crueldade no tratamento dos animais”. Perguntam: se membros de uma seita religiosa, em violação da lei, sacrificassem animais em ritos religiosos, poderiam ser punidos pela ilicitude? “A Corte, no caso *Church of the Lukumi*, não enfrentou a questão”. O entendimento da Corte no caso *Smith II* (supracitado) indicaria que “a seita religiosa não teria o direito constitucional a uma exceção legal”.<sup>318</sup>

A concordância prática é mais conseguida no acórdão do Tribunal Constitucional Alemão (Caso do Açougueiro turco de Essen, Sentença 104/337, 2002), preferencial para servir de *guide line*. A Corte alemã, clara e didaticamente, estabeleceu, em concreto, o conflito entre o devido respeito à liberdade religiosa e o interesse da comunidade, mediado pelo legislador, na proteção dos animais – e chamou, para a tutela recíproca, o princípio da proporcionalidade;<sup>319</sup>

É preciso, considerando as tensões do caso concreto, *avancar na análise das posições jurídicas que colidem*. Do lado do direito fundamental à liberdade religiosa como um todo, podem-se chamar, *prima facie*, pelo menos (e ficando apenas no plano subjetivo): liberdade de atuação segundo a própria crença; liberdade de praticar os atos do culto da religião professada e, direito de auto compreensão e auto definição das confissões religiosas, no que tange à identidade e ao caráter próprio da confissão professada; liberdade de exercício dos atos de culto, sem interferência do Estado ou de terceiros). Da banda do direito fundamental ao meio ambiente (assim considerado, em que pese a localização heterotópica, forte na abertura material do catálogo propiciada pelo § 2º do art. 5º, CF 88), é de lembrar o direito genérico ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (*caput* do art. 225, CF 88) e, especificamente, a proteção da fauna, nos termos do inc. VII do mesmo artigo (vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade). Seria de esclarecer, então: quais são os animais sacrificados? Aves? Gatos e Cachorros? Bodes? O citado Decreto nº 43.252/04 refere “animais destinados à alimentação humana” – qual a importância deste vetor? O rito sacrificial é exótico, extremamente raro? Ou, pelo contrário, partilhado por significativa parcela de crentes, ainda que minoritária? O que se faz com os animais? Como são sacrificados? Evita-se o sofrimento exagerado? Seria impossível fornecer alguns exemplos de “recursos de crueldade”? De onde provêm os animais que serão sacrificados, como são mantidos em cativeiro e qual a destinação dos cadáveres? Ressente-se, enfim, de maiores informações, que possibilitariam uma concordância prática mais acurada;

Ainda que, em termos metódicos, o teste de proporcionalidade pudesse ser favorável ao regramento ambiental, dever-se-ia prosseguir e *verificar se o núcleo essencial da liberdade religiosa das confissões afro-brasileiras não restaria atingido*, a indicar a conveniência de um aporte de sociologia das religiões. Parece, numa primeira vista de olhos, que sim. Entre as religiões não cristãs que se desenvolveram no Brasil, um

---

<sup>318</sup> “The court in the *church of the Lukumi Babalu Aye* case did not reach this question. The Court’s ruling in *Smith II* would indicate that the religious sect would not have a constitutional right to an exemption from the law” (NOVAK, John; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. St. Paul: West Publishing Co., 1995, pp. 1297). Vale lembrar o caso *Bunn v. North Carolina* (1949), em que a Suprema Corte do Estado da Carolina do Norte sustentou a aplicação de lei que proibia o manuseio de cobras venenosas a uma igreja determinada. Tratava-se de ordenação local (Cidade de Durham) que visava à saúde, segurança e ao bem-estar públicos e os juízes consideraram que a “segurança pública é superior à prática religiosa”. Benjamin Massey e C. H. Bunn, da Igreja “Tabernáculo Zion”, foram flagrados (com intervalo de uma semana), por policiais locais, engajados em serviços religiosos no meio de homens, mulheres e crianças, ao brandirem do púlpito as cobras venenosas, à vista da congregação – ninguém foi ferido em nenhuma das ocasiões (conforme “The RJ&L Religious Liberty Archive”, citado como: 229 N.C 734, 51 S.E.2d 179).

<sup>319</sup> WEINGARTNER NETO, Entre anjos e macacos, pp. 338-42.

grupo se destaca pela *posição de relevância estrutural* no quadro geral da cultura brasileira: as religiões afro-brasileiras, assim chamados os respectivos cultos pela origem, trazidos que foram pelos escravos traficados da África.<sup>320</sup> Mire-se o *candomblé*, descrito como uma “religião mágica e ritual”, em que se busca, “mediante a manipulação de forças sagradas, a invocação das potências divinas e os sacrifícios oferecidos às diferentes divindades, os chamados orixás”.<sup>321</sup> Representa o melhor exemplo de *politeísmo explícito* que se tem no Brasil. Pois diferente de outras grandes religiões, de vinco ético ou moral, a *ênfase do candomblé é ritual* – “(...) e a distinção entre o bem e o mal depende basicamente da relação entre cada seguidor e seu deus pessoal, o orixá (...) Pois cada orixá está relacionado a uma série de tabus específicos”. Cada orixá conta com símbolos particulares, “sem falar dos animais sacrificiais próprios de cada orixá”.<sup>322</sup> Neste contexto, é muito provável que proibir o sacrifício ritual, *tout court*, signifique *erodir o conteúdo essencial da religião professada por significativa parcela de brasileiros*, o que se afigura, à vista desarmada, inconstitucional;

No que toca à inconstitucionalidade material, por discriminação contra as outras religiões que eventualmente utilizam de forma ritual o sacrifício de animais, sugere-se (apoiados no princípio da interpretação da lei conforme a Constituição e na noção de aplicação direta do princípio da igualdade), na linha da proposta de Jónatas (*supra*), a figura da *extensão das conquistas das confissões majoritárias* (no caso, de um grupo religioso mais articulado politicamente) *aos grupos minoritários*, que de fato não parecem ter, na vida social e cultural brasileira (o que explicaria a ausência de referência expressa), o mesmo peso que joga a favor das religiões afro-brasileiras – *princípio fundamental de alargar para as minorias o tratamento jurídico dispensado à confissão religiosa mais favorecida*.

Acena-se, então, com a *intervenção regulatória estatal* - Estado juiz e administrador - *na correção das falhas de mercado*, concretizando, proteção dos indivíduos, na defesa da liberdade religiosa individual do crente potencialmente discriminado; coordenando as diversas liberdades religiosas coletivas; garantia institucional da liberdade religiosa individual; as igrejas, também minoritárias, como instituições; garantia do princípio da igualdade “sem lei, contra a lei e em vez da lei” [Canotilho]; e diversidade e pluralismo religioso) – nestas tarefas, é de se atender aos *princípios* e não ao desigual peso político das diferentes confissões religiosas, daí que o patamar de tutela mais favorável obtido, não se opondo obstáculo intransponível, é de estender-se automaticamente às minorias;

Tergiversam os comentários, ora aventando um “conflito aparente”, ora admitindo uma colisão. Na nossa ótica, o quadro normativo posto pelo legislador (seja estadual, seja federal), não se aplica, *a priori*, ao *sacrifício ritual de animais* (não faz parte do programa das normas ambientais vedá-lo, nem se encontra no respectivo âmbito normativo a proibição das situações decorrentes do exercício religioso). Todavia, conflito, ao menos potencial, há. E *não entre um meio ambiente expansivo*, açambarcando o natural e o cultural (mesmo porque, nessa linha, tudo seria dissolvido, a começar pelo direito, num grande caldo cultural), inclusive pela *incorreta assimilação das posições subjetivas decorrentes do direito fundamental à liberdade religiosa como um todo*, com

---

<sup>320</sup> Até meados do século XX, “funcionavam exclusivamente como ritos de preservação do estoque cultural dos diferentes grupos étnicos negros que compunham a população dos antigos escravos e seus descendentes”; ainda hoje são reconhecidas como “*religiões negras*, autênticas expressões culturais da *negritude*” (PIERUCCI, Antônio Flávio. As religiões no Brasil, apêndice. In: GAARDER, Jostein, HELLERN, Victor; NOTAKE, Henry. *O livro das religiões*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. pp. 311-2).

<sup>321</sup> PIERUCCI, *As religiões no Brasil*, apêndice, p. 312 (o primeiro grifo nosso). Como, aliás, faziam os guerreiros de Aquiles na *Ilíada*, um dos mitos fundadores da cultura ocidental.

<sup>322</sup> PIERUCCI, *As religiões no Brasil*, apêndice, pp. 313-5. Já a umbanda, mais híbrida e menos africana, “evita os sacrifícios de sangue” (p. 319).

*sua especificidade e prioridade, pleno de conteúdo em dignidade*, no tal “meio ambiente cultural” (arts. 215 e 216, CF 88), a lançar mão do “princípio do desenvolvimento sustentável” para orientar a ponderação (que não se atina que papel jogaria aqui). Trata-se, a rigor, de superinterpretação ambientalista, que sucumbe à análise sistemática. A *tensão concreta*, já se referiu (*supra*, observação 3<sup>a</sup>), trava-se *entre a liberdade religiosa e a tutela do meio ambiente (fauna)*. A *cultura*, que está no Capítulo III da Ordem Social da CF 88 (enquanto o *meio ambiente* aparece no Capítulo VI da mesma Ordem Social), é conceito jurídico dotado de autonomia, e, no caso, *joga a favor da prevalência do sacrifício ritual dos animais* pelas religiões afro-brasileiras – em face do componente cultural, o Estado protegerá (*reforço de tutela*) as manifestações (também religiosas) das culturas afro-brasileiras (art. 215, § 1º, CF 88), o que pode ser igualmente cogitado na consideração da contribuição religiosa ao patrimônio cultural brasileiro, diante dos traços portadores de referência à identidade e à memória de um dos grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216, CF);

A discussão também se beneficia da agregação do princípio da *tolerância*, já que os crentes das religiões afro-brasileiras manifestaram concretos receios de discriminação, e da *função estatal de criar condições* para que as confissões religiosas desempenhem suas missões, o que explicaria o recurso a um preceito quase simbólico, mas sinalizador de diversidade e pluralismo.

Finalmente, o STF, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Edson Fachin, Redator para o acórdão, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio (Relator), Alexandre de Moraes e Gilmar Mendes, que também admitiam a constitucionalidade da lei, dando-lhe interpretação conforme. Fixou-se, na ocasião, a seguinte tese: “É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana”.<sup>323</sup>

### 3.3. Vedação de proselitismo em rádios comunitárias

No âmbito da ADI 2.566 (2002), *ao indeferir medida cautelar contra lei federal reguladora da atividade das rádios comunitárias*, o Tribunal, *reafirmando que não há direitos absolutos, ilimitados ou ilimitáveis*, considerou, inicialmente, *válida vedação genérica ao proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária, referindo expressamente a pregação religiosa, certo que cabe ao intérprete dos fatos concretos verificar se ocorreu ou não o proselitismo abusivo proibido*.<sup>324</sup>

O Min. Rel. apontou que, literalmente, o dispositivo inquinado “foi mais longe do que precisava ir, ao coibir, ao vedar, o proselitismo de qualquer natureza” – por outro lado, acresceu a seguir, “não há direitos absolutos, ilimitados e ilimitáveis”, daí a fórmula de remeter à interpretação do caso concreto, para verificar-se se ocorreu *proselitismo desvirtuado de suas finalidades*. Pela então minoria, o Min. Celso de Mello sustentou que, se não é direito absoluto (eventuais abusos ficarão sujeitos a controle jurisdicional “a posteriori”), não deve o Estado impedir a livre expressão e divulgação de idéias – o pluralismo de idéias como fundamento da República, pelo que “a prática do proselitismo representa elemento de concretização do direito à livre difusão de idéias (...) sendo irrelevante, sob tal aspecto, que se trate de proselitismo de natureza religiosa.”.

<sup>323</sup> Vencido o Ministro Marco Aurélio. Não participaram da fixação da tese os Ministros Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 28.03.2019.

<sup>324</sup> STF, ADI 2.566, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 22/05/2002, DJ de 27/02/2004.

A corte, aqui, já antecipava dificuldades dogmáticas que, mais recentemente, desaguarão na ADPF nº 130, de um lado – a Lei de Imprensa de 1967 não foi recepcionada, em bloco, consignando a ementa: “Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica” –; e, de outro, a Reclamação nº 9.428.<sup>325</sup>

Passados quatorze anos do provimento liminar, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em 2018, julgou, por maioria, inconstitucional a proibição a proselitismo de qualquer natureza na programação das emissoras de radiodifusão comunitária. Segundo os ministros, a norma constitui censura prévia e ofende ao princípio constitucional da liberdade de expressão. Prevaleceu o entendimento do ministro Edson Fachin, que proferiu o primeiro voto divergente. Segundo ele, a norma impugnada pelo partido político, ao impedir a livre manifestação do pensamento, padece de “ostensiva inconstitucionalidade”. Destacou, ainda, que a jurisprudência do STF tem enfatizado a primazia do princípio da liberdade de expressão, sendo inadmissível que o Estado exerça controle prévio sobre o que é veiculado por meios de comunicação.

Lembramos, ao passar pelo proselitismo religioso em rádios comunitárias, que o discurso expressivo religioso já foi ampliado pelo STF (RHC 134.682, 2016, 1ª Turma) e restringido a seguir (RHC 146.303, 2018, 2ª Turma), ponto que dialoga com a Tese 2 fixada adiante na ADO 26 (MI 4.733, 2019).

### 3.4. Ensino religioso em escolas públicas

Na ADI 4.439 (2010), prevaleceu o entendimento de que *O Poder Público, observado o binômio Laicidade do Estado (CF, art. 19, I)/Consagração da Liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), deverá atuar na regulamentação integral do cumprimento do preceito constitucional previsto no artigo 210, § 1º, autorizando na rede pública, em igualdade de condições (CF, art. 5º, caput), o oferecimento de ensino confessional das diversas crenças, mediante requisitos formais previamente fixados pelo Ministério da Educação.*<sup>326</sup>

<sup>325</sup> STF, ADPF 130, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, julgada em 30/4/2009; STF, Rcl. 9.428/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cezar Pelluso, julgada em 10/12/2009, publicada no Informativo STF nº 571 (07 a 11/12/2009): *verbis*: Em síntese, o relator frisou não ser possível extrair do acórdão da ADPF 130/DF, sequer a título de motivo determinante, uma posição vigorosa e unívoca da Corte que implicasse, em algum sentido, juízo decisório de impossibilidade absoluta de proteção de direitos da personalidade, como a intimidade, a honra e a imagem, por parte do Poder Judiciário, em caso de contraste teórico com a liberdade de imprensa. Acrescentou que essa afirmação não significaria que toda e qualquer interdição ou inibição judicial a exercício de liberdade de expressão fosse constitucionalmente admissível, mas apenas sublinharia não se encontrar, na leitura de todos os votos que compuseram o acórdão paradigma, quer no dispositivo, quer nos fundamentos, pronúncia coletiva de vedação absoluta à tutela jurisdicional de direitos da personalidade segundo as circunstâncias de casos concretos, e que, como tal, seria a única hipótese idônea para autorizar o conhecimento do mérito da reclamação.

<sup>326</sup> ADI nº 4.439, DF, Rel. Min. Roberto Barroso. Iniciado em 30/8/2017, o julgamento prosseguir um 31/8, 21/9 e concluiu-se em 27/9/2017. O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade, vencidos os Ministros Roberto Barroso (Relator), Rosa Weber, Luiz Fux, Marco Aurélio e Celso de Mello. ENSINO RELIGIOSO NAS ESCOLAS PÚBLICAS. CONTEÚDO CONFESSIONAL E MATRÍCULA FACULTATIVA. RESPEITO AO BINÔMIO LAICIDADE DO ESTADO/LIBERDADE RELIGIOSA. IGUALDADE DE ACESSO E TRATAMENTO A TODAS AS CONFISSÕES RELIGIOSAS. CONFORMIDADE COM ART. 210, §1º, DO TEXTO CONSTITUCIONAL. CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 33, CAPUT E §§ 1º E 2º, DA LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL E DO ESTATUTO JURÍDICO DA IGREJA CATÓLICA NO BRASIL PROMULGADO PELO DECRETO 7.107/2010. AÇÃO DIRETA JULGADA IMPROCEDENTE. (...). 4. A singularidade da previsão constitucional de ensino religioso, de matrícula facultativa, observado o binômio Laicidade do Estado (CF, art. 19, I)/Consagração da Liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), implica regulamentação integral do cumprimento do preceito constitucional previsto no artigo 210, §1º,

O ponto de partida constitucional é o § 1º do art. 210 da CF 88,<sup>327</sup> inserido no Título VII da Constituição (da *ordem social*), no seu Capítulo III, Seção I (da *educação*) – orienta-se pelos princípios estabelecidos no art. 206 e especifica o disposto no *caput* do art. 210 (serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais).

Na sua tarefa de conformação democrática e redução de complexidade, o legislador infraconstitucional regulou a matéria por meio da Lei nº 9.394, de 20/12/96, que estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB). Ao tratar do *ensino fundamental* (segunda etapa da educação básica), previa seu artigo 33 a *oferta de ensino religioso*, programado inicialmente (na redação original da LDB) *sem ônus* para os cofres públicos e em duas modalidades: (a) *confessional*, conforme opção religiosa do aluno/responsável, a cargo das respectivas igrejas/confissões; (b) *interconfessional*, mediante acordo entre as diversas entidades religiosas.<sup>328</sup> Na sequência, a Lei nº 9.475, de 23/07/97, promoveu a primeira alteração da LDB e conferiu nova redação ao artigo 33, assegurando o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil e vedando qualquer forma de proselitismo. Remete-se, agora, aos *sistemas de ensino*, a *regulamentação* do conteúdo do ensino religioso e das normas para habilitação e admissão dos professores.<sup>329</sup>

Pouco mais de dez anos depois da alteração da LDB, novo dado legislativo perturba o cenário. Celebrou-se, em 13 de novembro de 2008, *Acordo* (Concordata) entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao *Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil*. O texto, composto por 20 artigos, foi aprovado pelo Decreto

---

**autorizando à rede pública o oferecimento, em igualdade de condições (CF, art. 5º, caput), de ensino confessional das diversas crenças.** 5. A Constituição Federal garante aos alunos, que expressa e voluntariamente se matriculem, o pleno exercício de seu **direito subjetivo ao ensino religioso como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, ministrada de acordo com os princípios de sua confissão religiosa e baseada nos dogmas da fé, inconfundível com outros ramos do conhecimento científico, como história, filosofia ou ciência das religiões.** 6. O binômio Laicidade do Estado/Consagração da Liberdade religiosa está presente na medida em que o texto constitucional (a) expressamente garante a **voluntariedade da matrícula** para o ensino religioso, consagrando, inclusive o dever do Estado de absoluto respeito aos agnósticos e ateus; (b) implicitamente **impede que o Poder Público crie de modo artificial seu próprio ensino religioso, com um determinado conteúdo estatal para a disciplina**; bem como **proíbe o favorecimento ou hierarquização de interpretações bíblicas e religiosas de um ou mais grupos em detrimento dos demais.** 7. Ação direta julgada improcedente, declarando-se a constitucionalidade dos artigos 33, caput e §§ 1º e 2º, da Lei 9.394/1996, e do art. 11, § 1º, do Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, e afirmando-se a constitucionalidade do ensino religioso confessional como disciplina facultativa dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental. (ADI 4439, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 27/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 20-06-2018 PUBLIC 21-06-2018)

<sup>327</sup> Art. 210, § 1º - *O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.*

<sup>328</sup> Art. 33 (redação original da LDB): *O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, sendo oferecido, sem ônus para os cofres públicos, de acordo com as preferências manifestadas pelos alunos ou por seus responsáveis, em caráter: I – confessional, de acordo com a opção religiosa do aluno ou do seu responsável, ministrado por professores ou orientadores religiosos preparados e credenciados pelas respectivas igrejas ou entidades religiosas; II – interconfessional resultante de acordo entre as diversas entidades religiosas que se responsabilizarão pela elaboração do respectivo programa.*

<sup>329</sup> Art. 33 (redação dada pela Lei nº 9.475, de 23/07/97): *O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.* § 1º Os sistemas de ensino regulamentarão os procedimentos para a definição dos conteúdos do ensino religioso e estabelecerão as normas para a habilitação e admissão dos professores. § 2º Os sistemas de ensino ouvirão entidade civil, constituída pelas diferentes denominações religiosas, para a definição dos conteúdos do ensino religioso.



Legislativo nº 698/2009 e promulgado pelo Presidente da república por meio do Decreto nº 7.107/2010.

O ensino religioso mereceu especial atenção. A República Federativa do Brasil parte, no art. 11, do direito de liberdade religiosa (complexo), da diversidade cultural e da pluralidade confessional, para informar que respeita a *importância do ensino religioso em vista da formação integral da pessoa*. Tal ensino, *católico e de outras confissões*, de matrícula facultativa, *constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental* – assegurado expressamente o *respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil*, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, *sem qualquer forma de discriminação*.

Por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI 4.439 (2010), a Procuradoria-Geral da República postulava interpretação conforme da LDB e do Acordo com a Santa Sé para assentar que *o ensino religioso em escolas públicas só pode ser não-confessional, proibida a admissão de professores que representem confissões religiosas; subsidiariamente, pugna pela inconstitucionalidade parcial da norma concordatária, para suprimir do texto do artigo 11, § 1º, a expressão “católico e de outras confissões religiosas”*.

O Ministério Público pretendia que o STF realizasse interpretação conforme a Constituição do art. 33, *caput*, e dos §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.394/96, bem como atacava a norma concordatária referida. A liminar foi indeferida em 03/8/2010. Desde então, uma série de entidades foram admitidas a ingressar nos autos na qualidade de *amicus curiae* (Confederação Nacional de Bispos do Brasil, Fórum Nacional Permanente do Ensino Religioso, Associação Nacional de Educação Católica do Brasil, Conferência dos Religiosos do Brasil, Grande Loja Maçônica do Estado do Rio de Janeiro, Comitê Latino-Americano e do Caribe para os Direitos da Mulher, Associação Brasileira de Ateus e Agnósticos, dentre outras). Em 15/6/2015 houve audiência pública, quando 31 entidades religiosas ou ligadas à educação ou interessadas no tema, além de especialistas, foram ouvidos. A maioria dos participantes defendeu a impossibilidade prática de conciliar os modelos confessional e interconfessional de ensino com a laicidade do Estado (32, dentre os 31, defenderam a procedência da ação), diversamente da CNBB.

A ação buscava assentar que o ensino religioso em escolas públicas deveria ter natureza não confessional, proibindo-se a admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas, o que seria a única forma de compatibilizar o ensino religioso com o caráter laico do Estado brasileiro. O conteúdo da disciplina, no modelo proposto, seria uma espécie de história e sociologia das religiões e também das posições não-religiosas, sem qualquer tomada de partido pelos educadores, que devem sem professores da rede pública e não pessoas vinculadas às igrejas ou confissões religiosas. A inicial, portanto, rechaça o modelo confessional e o interconfessional (ou ecumênico, que promoveria valores consensuais das religiões “dominantes” e poderia ser ministrado por representantes das comunidades religiosas ou por professores da rede pública).

O voto do Relator assenta duas premissas: (a) o princípio constitucional da laicidade (CF, art. 19, I) apresenta-se com três conteúdos: (i) separação formal entre Estado e Igrejas; (ii) neutralidade estatal em matéria religiosa; e (iii) garantia da liberdade religiosa; (b) o ensino religioso nas escolas públicas, em tese, pode ser ministrado em três modelos: (i) confessional, que tem como objeto a promoção de uma ou mais confissões religiosas; (ii) interconfessional, que corresponde ao ensino de valores e práticas religiosas com base em elementos comuns entre os credos dominantes na sociedade; e (iii) não confessional, que é desvinculado de religiões específicas.

Argumenta que “Somente o modelo não confessional de ensino religioso nas escolas públicas é capaz de se compatibilizar com o princípio da laicidade estatal. Nessa modalidade, a disciplina consiste na exposição, neutra e objetiva, das doutrinas, práticas, história e dimensões sociais das diferentes religiões (incluindo posições não religiosas), e é ministrada por professores regulares da rede pública de ensino, e não por pessoas vinculadas às confissões religiosas.”. Conclui pela procedência do pedido, com a tese: “O ensino religioso ministrado em escolas públicas deve ser de matrícula efetivamente facultativa e ter caráter não confessional, vedada a admissão de professores na qualidade de representantes das religiões para ministrá-lo”.<sup>330</sup>

O Relator consigna que secularismo não implica despreço à religião ou à religiosidade e que a modernidade e as transformações dos últimos 500 anos não levaram ao ocaso das religiões. Posto que o Estado deve assegurar a liberdade religiosa e conservar a neutralidade em relação às diferentes religiões, está em jogo a educação religiosa das crianças e adolescentes brasileiros. Urge “estabelecer qual a melhor forma de prepará-los, com valores e informações, para que possam fazer as suas próprias escolhas na vida”. Conciliar laicidade estatal e ensino religioso afasta possa o Estado optar pela modalidade confessional ou interconfessional, incompatíveis com a exigência de separação formal entre Estado e religiões, pois permitir que alunos recebam instrução religiosa dentro das escolas públicas torna “inevitável a identificação institucional”, mormente se os professores forem representantes ou credenciados pelas igrejas e remunerados pelo Estado. Também quebra a neutralidade, pois não há como acomodar as mais de 140 denominações religiosas que compõem a pluralidade brasileira, o que favoreceria as majoritárias. Anota que crianças e adolescentes são especialmente influenciáveis por professores e colegas, pelo que carecem do dever de proteção do Estado.

Assim, só o ensino não confessional, plural, objetivo e neutro harmoniza-se com a laicidade. E mesmo nesse, teoricamente compatível, não há como ignorar as complexidades práticas de “trazer a religião para dentro da sala de aula”, a primeira delas pela ausência de diretrizes curriculares nacionais, o que dificulta a prevenção do proselitismo e torna o quadro confuso.<sup>331</sup> O segundo problema é o custeio da disciplina pelo Poder Público, indicando o sistema do Rio de Janeiro como violador da laicidade dos princípios que regem os concursos públicos, fazendo o cargo de professor depender do credenciamento pelas confissões. Finalmente, para implantar o modelo não confessional é conveniente que o Ministério da Educação defina parâmetros curriculares nacionais e garanta a facultatividade do ensino religioso.<sup>332</sup>

---

<sup>330</sup> A Min. Rosa Weber acompanhou o Relator (“Religião e fé dizem respeito ao domínio privado e não com o público. Neutro há de ser o Estado”), como também o Min. Luiz Fux (questionou se é razoável a escola pública ser um espaço para se transmitir lições de fé a crianças e adolescentes; “A educação pública religiosa, universalista e não confessional é a única apta a promover gerações tolerantes que possam viver em harmonia com diferentes crenças na sociedade plural, ética e religiosa”). O Min. Marco Aurélio foi na mesma linha, ao considerar que o ensino confessional em escolas públicas prejudica a situação de equilíbrio, entre Estado e religião, preconizada pelo princípio da laicidade. O Min. Celso de Mello assentou a não confessionalidade no cotejo entre a atual CF e o que prescrevia a Constituição de 1946, assim como na função contramajoritária do STF na defesa das minorias religiosas ou não, tudo para manter o Estado em posição de estrita neutralidade axiológica

<sup>331</sup> Atualmente, 4 estados adotam o modelo confessional (Acre, Bahia, Ceará e Rio de Janeiro); a maioria (20 mais o Distrito Federal) trabalha com ensino interconfessional; apenas São Paulo adotou o “ensino sobre religiões”. Ademais, variam os conteúdos, a forma de matrícula, a aferição dos resultados e os requisitos para admissão dos professores. O Relator endossa opinião da professora Débora Diniz na audiência pública, de sujeitar o ensino religioso ao regime nacional de avaliação da qualidade do material didático pelo Ministério da Educação, para garantir a não confessionalidade.

<sup>332</sup> Recomenda o Relator: o cargo público de professor não pode depender de ato de vontade de qualquer confissão religiosa; a matrícula não pode ser automática; os não optantes devem ter alternativas pedagógicas

O Min. Alexandre de Moraes inaugurou a divergência, que acabou prevalecendo, ampliando a discussão para o campo da liberdade de expressão, sob a luz da tolerância e da diversidade de opiniões, inclusive em sala de aula. Estranha que tal programa, a valer para todas as demais manifestações de pensamento, vire “censura prévia à livre manifestação de concepções religiosas em sala de aula, mesmo em disciplinas com matrícula facultativa, transformando o ensino religioso em uma disciplina neutra com conteúdo imposto pelo Estado em desrespeito à liberdade religiosa”, o que limita o legítimo direito subjetivo constitucional do aluno (ou pai/responsável) que já possui religião em matricular-se no ensino religioso de sua própria confissão, a restringir a liberdade religiosa de 92% da população brasileira que tem uma determinada crença religiosa (Censo IBGE, 2010). Nota que a implantação do ensino religioso é texto constituinte originário e que a matrícula facultativa protege os 8% (que não professam fé religiosa) e os demais que não tenham interesse em matricular-se. Paradoxal: “grupos que auxiliaram as minorias a conquistar legítima e corretamente o direito de liberdade de expressão de suas ideias e convicções, inclusive em salas de aula e dentro de currículos de matérias de matrícula obrigatória, pretendem impor forte censura prévia às opiniões religiosas diversas, ao pleitearem um conteúdo neutro e meramente descritivo de religiões, em uma impensável ‘doutrina religiosa oficial’, criada artificialmente pelo Poder Público, mesmo que em disciplinas de matrícula facultativa”.

Assim resume sua posição pela improcedência da ação: *O Poder Público, observado o binômio Laicidade do Estado (CF, art. 19, I)/Consagração da Liberdade religiosa (CF, art. 5º, VI), deverá atuar na regulamentação integral do cumprimento do preceito constitucional previsto no artigo 210, §1º, autorizando na rede pública, em igualdade de condições (CF, art. 5º, caput), o oferecimento de ensino confessional das diversas crenças, mediante requisitos formais previamente fixados pelo Ministério da Educação. Dessa maneira, será permitido aos alunos, que expressa e voluntariamente se matricularem, o pleno exercício de seu direito subjetivo ao ensino religioso como disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, ministrada de acordo com os princípios de sua confissão religiosa, por integrantes da mesma, devidamente credenciados a partir de chamamento público e, preferencialmente, sem qualquer ônus para o Poder Público.*

O Ministro realça a singularidade da previsão constitucional do ensino religioso baseado nos dogmas da fé como direito subjetivo individual e não um dever imposto pelo Poder Público. Cita: “A neutralidade não existe no ensino religioso de qualquer confissão que se baseia, fundamentalmente, em dogmas de fé, protegidos integralmente pela liberdade de crença, conforme decisão do Primeiro Senado do Tribunal Constitucional Federal Alemão, de 19 de outubro de 1971” (1 BvR 387/65. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão. Konrad Adenauer Stiftung. Coletânea original: Jürgen Schwabe). E não se trata de proselitismo, “que tem por objetivo a conversão de determinada pessoa para que adira a uma religião, pois o requisito constitucional primordial é a matrícula facultativa do aluno que já professa a crença objeto da disciplina”.

A divergência recusa que a Corte “substitua a legítima escolha que o legislador constituinte originário fez pelo ensino religioso de matrícula facultativa pelo ensino de filosofia, história ou ciência das religiões”, vedado ao poder público, ao disciplinar o conteúdo do ensino religioso, adotar qualquer das duas vertentes de *dirigismo estatal*, seja ao privilegiar uma única crença, seja elaborando um conteúdo único e oficial, suma de aspectos descritivos, históricos e filosóficos, a mutilar os diversos dogmas e obrigar

---

para atingir a carga horária mínima anual; o ensino deve ocorrer em aula específica (vedada a transversalidade); os alunos podem desligar-se a qualquer tempo.

alunos de determinada fé a ter contato com dogmas alheios. Em prol da igualdade, aposta em regras administrativas gerais que permitam parcerias voluntárias (Lei 13.204/2015) sem transferência de recursos, regime de mútua cooperação com todas as confissões religiosas, como já ocorre, por exemplo, com a assistência religiosa nos presídios.

O Ministro Edson Fachin também divergiu, ainda que amparado noutros fundamentos. Registrou que o voto do Relator está de acordo com os precedentes do STF e dos órgãos internacionais de direitos humanos, citando o Comentário Geral nº 22/1993 do Comitê de Direitos Humanos sob o Pacto de Direitos Civis e Políticos da ONU e decisões da Corte Europeia e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Se o apelo [do filósofo John Rawls] à “razão comum” pode fundar a separação Igreja/Estado, a retirar a motivação religiosa (por definição, privada) do espaço público, todavia, “é preciso advertir que a definição desses limites deve levar em conta o exato conteúdo do direito à liberdade religiosa, como expresso na própria Carta Política”.

Neste contexto, o art. 5º, VI, da CF é integrado pelo disposto nos artigos 12 do Pacto de São José da Costa Rica (liberdade de professar e divulgar sua religião, individual ou coletivamente, tanto em público quanto em privado) e 18 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (o ensino como dimensão da liberdade de professar a religião). Daí a dimensão pública da liberdade religiosa, sendo que o pluralismo democrático não prescinde de “convicções religiosas particulares”. Afirma: “É incorreto, assim, afirmar que a dimensão religiosa coincide apenas com a espacialidade privada. Isso não significa, porém, que o espaço público possa ser fundado por razões religiosas. (...) A separação entre Igreja e Estado não pode, portanto, implicar o isolamento daqueles que guardam uma religião à sua esfera privada. O princípio da laicidade não se confunde com laicismo”. Cita Habermas, a “ética da cidadania democrática”, com ônus recíproco para religiosos e não-religiosos de considerarem todas as contribuições feitas ao debate público. O Ministro conecta pluralismo ao aprendizado a partir da diferença, sendo a própria neutralidade do Estado sujeita ao diálogo e o processo de aprendizagem visto como parte integrante do direito à educação. Portanto, a “escola deve espelhar o pluralismo da sociedade brasileira. Ela deve ser um microcosmo da participação de todas as religiões e também daqueles que livremente optaram por não ter nenhuma.”. E mais, insere-se na garantia da gestão democrática do ensino público (CF, art. 206, VI) a possibilidade dos entes federados deliberarem sobre a forma como será ministrado o ensino religioso.

Conclui: “não há como deixar de reconhecer que, conquanto possa ser confessional, o ensino religioso não pode ser obrigatório (art. 210, § 1º, da CRFB). Além disso, porque se fundamenta na própria pluralidade democrática, não pode o ensino, confessional, interconfessional ou não confessional, tornar-se proselitista ou desrespeitar a diversidade cultural religiosa do Brasil, o que abrange também as religiões confessionais que se afirmem apenas pelos usos, costumes e tradições”. E tal interpretação não diverge do citado Comentário Geral 22, pois o “ensino confessional somente é incompatível com o Pacto, se não forem garantidas as dispensas ou ‘alternativas que harmonizem o ensino com os desejos de pais e guardiães’. Nos estritos limites do texto constitucional, a facultatividade e a ênfase no respeito à pluralidade não excluem, portanto, a possibilidade de outras modalidades de ensino religioso.”<sup>333</sup>

---

<sup>333</sup> Os votos dos Ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski também foram pela improcedência da ação, cabendo o desempate, no mesmo sentido da improcedência, à Presidente da Corte, Ministra Carmen Lúcia. Dias Toffoli afirmou que houve expressa e consciente autorização do legislador constituinte pelo modelo histórico de ensino confessional, cuja facultatividade torna-o compatível com o a laicidade do Estado, ao resguardar a individualidade da pessoa e sua liberdade de crença. As dificuldades de implementação prática (riscos para minorias) não podem resultar em aniquilamento do direito para todos, vedado em lei o proselitismo e prevista consulta à sociedade civil, em harmonia com a descentralização do

O debate prossegue na esfera pública. Argumenta-se que o Estado não pode apoiar a religiosidade em detrimento da não-religiosidade. Todavia, a Constituição Federal foi quem decidiu, axiologicamente, que haverá ensino religioso, de matrícula facultativa (a preservar a liberdade e autonomia dos demais), nas escolas públicas.

Com tal premissa, nos parece mais harmônico com a *Federação*, em que se estrutura a *República* brasileira, a remessa da regulação conteúdo/professores aos *sistemas de ensino* no âmbito dos *entes federados*. A vedação do proselitismo tem sido aceita tradicionalmente no direito comparado, quando decorre de intervenção legislativa e considerando a salvaguarda do processo educativo e do próprio autodesenvolvimento da personalidade dos educandos, em formação. Os votos do Relator e do Min. Alexandre parecem desvelar pretensão normativa *implícita*, paradoxalmente de sinais inversos: ou o ensino religioso deve ser confessional ou não confessional, sem espaço para a concretização, na forma da LDB, aos sistemas de ensino. Preferível o voto do Min. Fachin, preservados os espaços de conformação legislativa.

Nosso homenageado já alertava para a necessidade de sensibilidade múltipla e de sopesar as situações e os valores em cada caso: “Nem sempre a oferta de mil e um credos *à la carte* para uma aula de religião será a melhor forma. Ou o ensino de todas (e de nenhuma) por um professor de uma, ou, mais normalmente, por um sociólogo, um historiador, ou outro cientista social tão religiosamente assépticos como ignorantes da profundidade do fenômeno”.<sup>334</sup>

Há possibilidade de efeitos perversos? Sim, que podem ser prevenidos e devem ser combatidos, em concreto. É de recusar uma pré-compreensão negativa em relação à própria decisão constitucional (*não levar a sério o suficiente o ensino religioso nas escolas públicas*); urge romper *incompreensão basilar*, como se o ensino religioso, pese o preceito constitucional, não fizesse parte do ensino fundamental

Concorda-se que seria desproporcional o exercício da faculdade de recusa para a criança ou adolescente. Entretanto, com base neste ônus não demonstrado empiricamente (a soar mais como argumento retórico, superável com matrícula específica e comissiva), não se considera desproporcional a alternativa imposta a crianças e adolescente que desejem usufruir do direito constitucional de ensino religioso interconfessional, que se veriam, *tout court*, privadas da possibilidade.

Em suma, a decisão do STF levou em consideração o maior espectro de interesses e valores envolvidos. Parece que a redução inicial de complexidade operada pelo legislador infraconstitucional oferece um patamar razoável para as devidas concretizações no sistema educacional dos diversos entes federativos envolvidos.

Fundamental, ao cabo, que o estabelecido pelo Poder Constituinte originário e regulado, no espaço de conformação democrática, pelo Poder Legislativo, desde que não viole os valores constitucionais aglutinantes (iguais em liberdade e dignidade, pelos quais o Poder Judiciário há de velar), seja respeitado por todos os atores institucionais e cidadãos em geral, não se prestando, a via judicial, para reversão de decisões majoritárias, mormente em questões altamente sensíveis e moralmente controversas, por indução de ativismos que não encontram ressonância suficiente no livre mercado de ideias.

---

sistema de ensino (CF, art. 211) e o princípio da gestão democrática (CF, art. 206, VI). Citando precedentes da Corte Européia de Direitos Humanos, o Min. Ricardo Lewandowski ressaltou que a facultatividade é salvaguarda bastante para o respeito ao pluralismo democrático e à liberdade de crença (pelo que é de assegurar o direito ao desligamento a qualquer tempo e não devem ser atribuídas notas), sendo que a separação entre Estado e Igreja não constitui muralha que separa cosmovisões incomunicáveis; e o fato de haver confissão majoritária (decorrente da formação histórica do país) não implica proselitismo religioso ou violação da igualdade.

<sup>334</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição Viva: cidadania e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 151.

#### 4. Considerações finais

O quadro delineado revela que, do ponto de vista da realidade fática, a liberdade religiosa no Brasil não se encontra, de todo, fora de risco em virtude das crescentes (e preocupantes) tensões e hostilidades sociais, gerando um incremento da intolerância religiosa e dos embates sociais, institucionais e jurídicos nesse domínio, uma polarização (também noutros quadrantes) que há muito tempo não se conhecia no cenário nacional. Tal a razão, ao menos em boa parte, da notória “judicialização” do fenômeno, gerando, ao longo dos anos, especialmente desde a promulgação da CF e acentuadamente nos últimos anos, um leque diferenciado de decisões pelo STF, desafiando a Corte a se pronunciar numa seara altamente sensível do ponto de vista social, visto que afetam concepções morais e espirituais e dizem respeito à própria liberdade de consciência.

É possível arriscar, ainda, a afirmação de que o caráter devidamente generoso da Constituição Federal para com o fenômeno religioso, caracterizando-se por um Estado Laico do tipo moderado e amistoso à liberdade religiosa, tem encontrado, em termos gerais, receptividade no âmbito da jurisprudência do STF, embora a Corte se mantenha mais contida quando se trata de questões que contendem com a própria ordem pública, como é o caso do proselitismo religioso. O quanto tal linha de orientação irá prevalecer resta em disputa, até pela alteração na composição do STF – o atual Presidente da República, vá saber com que intenção e tom, anunciou, mais de uma vez, a intenção de indicar para a próxima vaga do Tribunal Constitucional, ainda este ano, alguém, *verbis*, “terrivelmente evangélico” –, mas a decisão em relação ao ensino religioso parece prosseguir na configuração de uma laicidade moderada.<sup>335</sup>

De todo modo, o que importa destacar é que a liberdade religiosa passou a ocupar um lugar de destaque, instigando cada vez maior reflexão acadêmica e atenção pela sociedade e no campo político, cabendo ao STF quedar atento para assegurar que a liberdade religiosa seja exercida numa ambiência plural e tolerante, a par de harmonizada com os demais direitos fundamentais. A dinâmica acelerada dos dias fez com que, quase ao fechamento do texto, o STF decidisse pela repercussão geral da abrangente questão dos símbolos religiosos em espaços públicos, que certamente forçará maior aprofundamento dos contornos do Estado laico (RG/RE 1249095, em 24/4/2020). Os autores do texto, também, acabamos de manifestar, diante da propagação da COVID-19, que as medidas que limitam e mesmo impedem, temporariamente (na pendência das razões legítimas que as ensejaram), a realização de cultos presenciais coletivos são constitucionalmente legítimas por assegurarem a coordenação mútua das condições de vida, inclusive espiritual, visando a reduzir a morte e a doença, em tempos de pandemia.<sup>336</sup>

Fica nosso esforço, então, voltando à banca de doutoramento que nos reuniu os três, para fazer dialogar, em amizade, quando se trata de religião, vivida no íntimo do lar ou em praça pública, o sentimento oceânico com a animalidade terrestre, que essa é a ingente tarefa da construção jurídico-constitucional da liberdade religiosa, como nos ensinou, com sua inextinguível elegância literária, o homenageado.<sup>337</sup>

---

<sup>335</sup> Na formulação plástica do homenageado: “Só a moderação permite perder rigores excessivos sem ganhar laxismos dissolvente” (CUNHA, Paulo Ferreira da. *A constituição viva: cidadania e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, Parte II, 4. Religião e direitos humanos, p 136 – referia-se às crenças religiosas, entre vanguardas mais progressivas a aproximar-se do mundo moderno e redutos mais avessos ao alinhamento com a moda).

<sup>336</sup> <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/direitos-fundamentais-tempos-pandemia-iii>, acesso em 13/5/2020.

<sup>337</sup> O então doutorando, nas primeiras linhas da tese, lembrava Freud (O mal-estar na civilização), que se referia ao “sentimento oceânico” fonte da religiosidade para milhões de pessoas. Ao que propôs o homenageado, também pela “magnitude dos problemas que nos assaltam” nesta seara, precisando que havia

## 5. Referencial bibliográfico

- ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*. Coimbra: Almedina, 2002;
- ALVES, Rodrigo Vitorino Souza; BORGES, Alexandre Walmott. Church-State relations and religious freedom in Argentina and Brazil: An Introduction. *International Journal of Religious Freedom*, Bonn / Cape Town / Colombo, vol. 6, n. 1/2, 2013, p. 37-49;
- BALDI, Cesar Augusto. “Secularismo, Islã e o ‘muçulmano’: reflexões sobre colonialidade e biopolítica”. *Meritum*. v. 6, n. 2, Belo Horizonte, jul./dez., 2011, pp 139/186.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. “Do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Ano 09, n. 36, pp. 106-114, julho-setembro 2001;
- BRUGGER, Winfried. “Da hostilidade passando pelo reconhecimento até a identificação – modelos de estado e igreja e sua relação com a liberdade religiosa”. *Direitos Fundamentais e Justiça*. n. 10 – Jan/Mar 2010.
- CANOTILHO, J. J. Gomes/MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4ª ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, v. I, 2007; “Charges de Maomé: liberdade de expressão, liberdade religiosa e direitos humanos”, *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, n. 2 (2008). Porto Alegre: FMP, 2007, pp. 205-232;
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *A Constituição Viva: cidadania e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. “Religião, liberdade e Direito”, Apresentação, in WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças e cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 17-21.
- CUNHA, Paulo Ferreira da, e outros. *História do direito: do direito romano à constituição europeia*. Coimbra: Almedina, 2010.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *A laicidade para além de liberais e comunitaristas*, Belo Horizonte: Arraes, 2017.
- GOMES, Nadilson. “Direito e religião no Brasil.” *Revista de História do direito e do pensamento político*. n. 01, Lisboa, 2010.
- GRIMM, Dieter. Após as disputas em torno das caricaturas: precisamos de um novo balanço entre liberdade de imprensa e proteção à religião? In: LEITE, George Salomão/SARLET, Ingo Wolfgang (coords.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo, Coimbra: Revista dos Tribunais e Coimbra Editora, 2009, v. 1, pp. 176-189;
- LEITE, Fábio Carvalho. “O laicismo e outros exageros sobre a primeira república no Brasil”. *Religião e sociedade*. Vol. 31, n. 1, Rio de Janeiro, 2011;
- LOREA, Roberto Arriada (org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008;
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Dos direitos da verdade aos direitos dos cidadãos*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996; Id., *Estado constitucional e neutralidade religiosa - entre o teísmo e o (neo)ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013;

---

sido Romain Rolland que sugerira a Freud a imagem, “adaptarmos a dedicatória do médico de Viena ao escritor francês”, na qual consignara: “Ao seu grande amigo oceânico, o animal terrestre S. Freud” – CUNHA, Paulo Ferreira da. *A constituição viva: cidadania e direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, Parte II, 8. A liberdade religiosa entre inclusividade e fundamentalismo, p. 212.

MACHADO, Jónatas E. M. Tempestade perfeita? Hostilidade à liberdade religiosa no pensamento teórico-jurídico. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coord.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MACHADO, Jónatas E. M. *Estado constitucional e neutralidade religiosa: entre o teísmo e o (neo)ateísmo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira./SORIANO, Aldir Guedes. *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV, Coimbra: Coimbra, 2000; PONTES DE

MIRANDA, F. C. *Comentários à Constituição de 1967*. Tomo IV. São Paulo: RT, 1967;

NOVAK, John; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. St. Paul: West Publishing Co., 1995.

PIERUCCI, Antônio Flávio. As religiões no Brasil, apêndice. In: GAARDER, Jostein, HELLERN, Victor; NOTAKE, Henry. *O livro das religiões*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos. São Paulo: Cortez, 2013.

SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. *A liberdade de organização religiosa e o estado laico brasileiro*. São Paulo: Mackenzie, 2007;

SANTOS JUNIOR, Aloísio Cristovam dos. *A liberdade religiosa e contrato de trabalho – a dogmática dos direitos fundamentais e a construção de respostas constitucionalmente adequadas aos conflitos religiosos no ambiente de trabalho*. Niterói: Impetus, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em Espécie, *Curso de direito constitucional*./Ingo W. Sarlet, Luiz G. Marinoni, Daniel Mitidiero. 9ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pp. 533-48.

SARLET, Ingo Wolfgang/ WEINGARTNER NETO, Jayme. “O fechamento das igrejas”, <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/direitos-fundamentais-tempos-pandemia-iii>, acesso em 13/5/2020.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000;

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição: fundamentalismo, pluralismo, crenças e cultos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;

\_\_\_\_\_. “Inviolabilidade de consciência, uma raiz preferencial para a liberdade religiosa”, *Revista da Ajuris*, v. 106, p. 83-105, 2007;

\_\_\_\_\_. “Religião e expressão: preconceito e ódio sob o prisma jurídico-penal”, *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, n. 14, p. 95-118, 2006.

\_\_\_\_\_. Liberdade religiosa na jurisprudência do STF. In SARMENTO, Daniel/SARLET, Ingo Wolfgang. (Coords) *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 481-530.

\_\_\_\_\_. Comentários ao artigo 5º, incisos VI a VIII e artigo 19, incisos I a III. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio L. (Coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed.; São Paulo: Saraiva/Almedina, 2018.