

DA LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: LIMITES, PROTEÇÃO E EFETIVIDADE

Vladimir BREGA FILHO
Fernando de Brito ALVES

RESUMO

O objetivo deste artigo é tecer algumas considerações sobre o conteúdo do princípio da liberdade religiosa como direito fundamental, de forma a garantir a sua proteção e exigibilidade em face da ausência de regulamentação adequada, tanto na esfera legislativa federal, quanto na estadual. O texto é dividido em três partes: na primeira pretende-se caracterizar o direito a liberdade religiosa como direito fundamental; na segunda parte, a título exemplificativo, passa-se a analisar a Lei 11.662/1997 do Estado do Paraná, e outras correlatas, que estabelecem direito de abono de faltas por motivo de objeção de consciência religiosa e as razões de suas inconstitucionalidades; para concluir, por fim, sobre a necessidade da provocação do Supremo Tribunal Federal por meio de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para ver garantido tal direito, em face da inadequação do trato legislativo que a ele tem sido dado.

ABSTRACT

The objective of this article is to make some considerations about the content of religious liberties principle as a fundamental right, to ensure its protection and chargeability in face of the absence of a proper regulation, both in the federal legislative sphere and in the state sphere. The text is divided in three parts. The first seeks to characterize the right of religious liberties as a fundamental right. The second part, only for exemplification, wants to analyze the law 11.662/1997 of Paraná State, and others correlates, which establish the right for allowance of absence by reason of a religious conscience objection and the reasons of its unconstitutionality. To complete, finally, about the need for provocation of the Supreme Court by accusation of a breach in a fundamental precept, to guarantee this right in face of a inadequate legislative treat which had been given.

PALAVRAS-CHAVE

Liberdade religiosa; limites; laicidade; neutralidade; proteção; efetividade.

¹ Doutor em Direito pela PUC/SP. Professor de Direito Constitucional da FUNDINOPI. Coordenador do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da FUNDINOPI. Promotor de Justiça.

² Mestre em Ciência Jurídica da FUNDINOPI. Professor de Filosofia da Universidade Estadual do Norte do Paraná. Coordenador do Curso de Direito da FANORPI. Advogado.

Submetido em 19/08/2009. Aprovado em 25/11/2009.

KEYWORDS

Religious Freedom; Limits; Secularity; Neutrality; Protection; Effectiveness.

BREVE INTRODUÇÃO

A liberdade religiosa começa a ser discutida quando surge na história a noção de autonomia do indivíduo, no contexto da Reforma Protestante. A questão da autonomia do indivíduo (pelo menos quanto à vontade) já havia sido proposta por Santo Agostinho, no início da Idade Média, todavia foi com os reformadores, especialmente Lutero, Calvino e Knox, que a individualidade ganhou os contornos de autonomia necessários para a posterior defesa da liberdade religiosa.

Em oposição à valorização da tradição, do magistério da Igreja e da mediação na relação com a divindade, ou da mentalidade de rebanho, hegemonicamente defendida pela Igreja Católica durante a Idade Média, a liberdade de consciência e a possibilidade de pela consciência livre, e sem qualquer mediação, do homem se relacionar com o sagrado, e de forma autônoma (em um sentido kantiano), regular essa relação, foi a principal bandeira levantada pelos reformadores.

A valorização da autonomia pode ser percebida pela primeira vez em Declarações de Direitos, na Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, colonizada por protestantes puritanos, que afirma categoricamente serem *“todos os seres humanos [...] pela sua natureza, igualmente livres e independentes”*.

Posteriormente o direito a liberdade religiosa foi reconhecido pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa de 1789 que consignou no artigo 10º. que *“Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei”*.

Em decorrência dessa tendência a autonomia, e das concepções filosóficas utilitaristas e ao mesmo tempo eudaimônicas que inspiraram as primeiras Declarações de Direitos, os princípios de liberdade de consciência e da livre manifestação do pensamento que abrangem inclusive a liberdade religiosa, foram se proliferando pelo Ocidente.

O pioneirismo americano no tema fez consignar na Primeira Emenda à Constituição norte-americana, de 1791, a liberdade religiosa, ao dispor que *“Congresso não editará nenhuma lei instituindo uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos ; nem restringirá a liberdade de palavra ou de imprensa; ou o direito do povo de reunir-se pacificamente, ou de petição ao governo para a correção de injustiças”*.

Outro fenômeno que merece ser registrado é a progressiva laicização do Estado pela difusão da ideologia positivista atrelada aos ideais democráticos e republicanos, tanto que eles (os Estados republicanos e democráticos) podem, via de regra, serem enquadrados não confessionais. Ao passo que onde existe monarquia, governos mais centralistas, ou autoritários, a confessionalidade estatal

é uma premissa, via de regra, inegável.

Isso decorre do fato do positivismo propalar como ideal uma espécie de religião cívica, como já havia sido preconizado no pensamento rousseaiano, em que o Estado é o deus visível cujas insígnias dever receber devoção e respeito sagrados.

Nesse contexto, os Estados na medida em que foram adotando os ideais do positivismo filosófico (de Augusto Comte e seus seguidores) promoveram a separação do Estado e da Igreja, propiciando o surgimento de espaços de afirmação da identidade das minorias religiosas.

1. Da liberdade religiosa como direito fundamental

A liberdade religiosa é enquadrada na classificação clássica de Norberto Bobbio como direito fundamental de primeira geração, podendo ser considerada ainda, como um direito civil fundamental que demandava uma prestação negativa por parte do Estado, uma não-ação.

Várias foram as expressões utilizadas para designar essa modalidade de direitos: *status negativus*, direitos humanos, direitos e garantias fundamentais, direitos e deveres individuais, direitos e liberdades fundamentais, direitos fundamentais da pessoa humana, direitos e garantias individuais, preceito fundamental e direitos individuais, entre outras.

A eficácia dos direitos fundamentais depende do conteúdo jurídico das expressões e da realização que possam oferecer, disso infere-se que as várias expressões jurídicas elencadas alhures terão conseqüências diferentes no campo da hermenêutica constitucional. Apesar dessas diferenças, neste trabalho, como o objetivo proposto está vinculado à temática da liberdade religiosa como direito, o que se pretende é discutir como direitos de primeira dimensão, ou como foram chamados na teoria clássica de liberdades públicas negativas, ainda hoje tem natureza precária nas terras brasílicas, e quais os mecanismos constitucionalmente adequados para garantir a proteção e a efetividade desses mesmos direitos.

Canotilho afirma (2002, p. 541) que os direitos fundamentais têm duas funções precípua:

constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)

No Brasil, os direitos civis de cidadania sofreram o peso da herança colonial, da escravidão e da grande propriedade privada. Esses fatores produziram um país comprometido com o poder privado e com uma ordem social que negava a condição humana – uma espécie de *capitis diminutio* generalizada – à grande parcela da

população. Os direitos civis, porquanto, só existiam na lei.

Com quase 50 anos de diferença, numa dinâmica de apropriação e reproposição das idéias européias, a Constituição Imperial de 1824 reconheceu no artigo 179, sob o título “Garantia dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros” aqueles direitos civis liberais presentes nas declarações de direitos européias e americanas: direito à igualdade, à liberdade de pensamento, à propriedade, entre outros; que permaneceu, ao menos em seus fundamentos, nas Constituições posteriores.

Isso porque as revoltas populares que se intensificaram e tiveram eco a partir do Segundo Reinado não tiveram o mesmo significado que os movimentos populares da Europa e da América do Norte que culminaram com as primeiras Declarações de Direitos.

... O Estado era aceito [pelos] cidadãos, desde que não violasse um pacto implícito de não intervir em sua vida privada, de não desprezar seus valores, sobretudo religiosos. Tais pessoas não podiam ser consideradas politicamente apáticas. Como disse a um repórter um negro que participara da revolta: o importante era “mostrar ao governo que ele não põe o pé no pescoço do povo”. Eram, é verdade, movimentos reativos e não propositivos. Reagia-se a medidas racionalizadoras ou secularizadoras do governo. Mas havia nesses movimentos rebeldes um esboço de cidadão, mesmo que em negativo. (CARVALHO, 2002, p. 75)

Convém ressaltar, contudo, que quando José Murilo de Carvalho afirma que o Estado poderia agir desde de que não violasse valores religiosos, faz referência a valores da tradição católica conservadora que se consolidaram como base de uma pragmática universalmente praticada e aceita de forma incontestada até o início da segunda metade do século passado.

A influência da condição colonial também faz parte da história constitucional do direito à liberdade religiosa, como se vê na carta constitucional de 1824 que embora tenha assegurado a liberdade religiosa, não permitiu a existência de templos religiosos estranhos à religião Católica Apostólica Romana, instituída com a religião do Império (Art. 5º).

Somente em 1891, com a proclamação da República, houve uma desvinculação do Estado para com a religião, sendo vedado ao Estado estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos (Art. 11, § 2º), instituindo no Brasil a laicidade do Estado. Além disso, trouxe uma série de regras em relação a liberdade religiosa tais como a liberdade de culto; o exclusividade do casamento civil para fins de reconhecimento pelo Estado; administração pública dos cemitérios; e ensino leigo nos estabelecimentos públicos (art. 72).

A Constituição de 1934 mantém a separação entre Igreja e Estado (Art. 17, incisos II e III) e traz a liberdade religiosa como direito individual (Art. 113, itens 4, 5, 6 e 7), o que acaba sendo mantido pela carta constitucional de 1937.

Essa separação total entre o Estado e a Igreja, motivada pela desconfiança da República em relação à Igreja Católica, é um pouco relativizada pela Constituição de 1946, que embora estabeleça a proibição de aliança entre o Estado e qualquer culto ou igreja, permite a colaboração recíproca em prol do interesse coletivo (Art. 31, III). A Constituição de 1946 também traz como novidade a escusa de consciência e garante o direito à assistência religiosa nos estabelecimentos de internação coletiva (Art. 141, §§ 8º. e 9º.).

Importante novidade trazida na Carta Constitucional de 1967, repetida no texto constitucional de 1969, foi a proibição de qualquer discriminação em razão de credo religioso, evitando-se as discriminações baseados na opção religiosa (Art. 153, § 1º.).

Embora a liberdade religiosa tenha sido protegida constitucionalmente desde o Império, isso não significa que esse direito foi protegido a contento pelo Estado. É de se concordar com José Murilo de Carvalho ao afirmar que: “*dos direitos que compõem a cidadania, no Brasil, são ainda os civis que apresentam as maiores deficiências em termos de seu conhecimento, extensão e garantia*” (2002, p. 210). E nesse contexto, o direito a liberdade religiosa não foge a regra, apresentando severas deficiências em todos os termos acima mencionados.

2. Da liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 no artigo 5º., inciso VI, consigna que:

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;

Da análise do inciso acima transcrito é possível distinguir três direitos distintos protegidos pela norma constitucional: a liberdade de consciência, a liberdade de crença e a liberdade de culto. Embora distintas as liberdades, todas são correlatas e se pressupõem. Não haveria sentido o legislador constitucional resguardar a liberdade de culto, sem o fazê-lo com relação à crença e a consciência e, vice-e-versa.

José Afonso da Silva (2000, p. 251-256 passim) afirma que:

Na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo. (...) a religião não é apenas sentimento sagrado puro. Não se realiza na simples adoração a Deus. Ao contrário, ao lado de um corpo de doutrina, sua característica básica se exterioriza na prática dos ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida.

A Constituição de 1988, como dito alhures, ao estabelecer três liberdades distintas (consciência, crença e culto) manteve uma diferenciação que já havia aparecido em Constituições anteriores. Celso Ribeiro Bastos (1988/89, p. 127), afirmou que:

liberdade de consciência não se confunde com a de crença. Em primeiro lugar, porque uma consciência livre pode determinar-se no sentido de não ter crença alguma. Deflui pois da liberdade de consciência uma proteção jurídica que incluiu os próprios ateus e os agnósticos.

De outra parte, a liberdade de consciência pode apontar para uma adesão a valores morais e espirituais que não passam por sistema religioso algum. Exemplo disso são os movimentos pacifistas que, embora tendo por centro um apego à paz e o banimento da guerra, não implicam uma fé religiosa.

Para que haja garantia efetiva de proteção as referidas liberdades, mormente a religiosa, o Estado não pode estar associado institucionalmente a Igreja alguma, o que formalmente ocorre no Brasil, desde o Decreto nº 119, de 17 de janeiro de 1890, quando entrou em vigência o regime de separação entre o Estado e a Igreja, quando instaurou-se o Estado Leigo, ou Laico. Assevera Bobbio em seu *Dicionário de Política* (1986, v. Laicismo) que,

a teoria do Estado leigo fundamenta-se numa concepção secular e não sagrada do poder político, encarado como atividade autônoma no que diz respeito às confissões religiosas. Estas confissões, todavia, colocadas no mesmo plano e com igual liberdade, podem exercer influência política, na proporção direta de seu peso social. O Estado leigo, quando corretamente percebido, não professa, pois, uma ideologia “laicista”, se com isto entendemos uma ideologia irreligiosa ou anti-religiosa.

Portanto, o Estado leigo deve salvaguardar a autonomia do poder civil de toda forma de controle exercido pelo poder religioso e, ao mesmo tempo, defender a autonomia das igrejas em sua relação com o poder temporal. Assim, é garantida tanto a separação política e jurídica entre Estado e Igreja, como são garantidos os direitos individuais de liberdade em relação a ambos. Hoje, a imensa maioria dos Estados reivindica os princípios da laicidade, principalmente no que diz respeito à liberdade religiosa dos cidadãos, reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos Humanos promulgada em 1948 pela Assembléia Geral da ONU.

O reconhecimento da liberdade religiosa como direito fundamental, no Brasil, é uma luta histórica que remonta a Proclamação da República, quando houve um reposicionamento das relações que haviam entre o Estado e a Igreja. E foi decorrência da evolução do reconhecimento a liberdade de pensamento e manifestação.

Sobre a liberdade de crença, José Afonso da Silva (idem, loc. cit.) afirma que:

Na liberdade de crença entra a liberdade de escolha da religião, a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo. (...) a religião não é apenas sentimento sagrado puro. Não se realiza na simples adoração a Deus. Ao contrário, ao lado de um corpo de doutrina, sua característica básica se exterioriza na prática dos ritos, no culto, com suas cerimônias, manifestações, reuniões, fidelidades aos hábitos, às tradições, na forma indicada pela religião escolhida.

O Tribunal Regional Federal da 4ª. Região em julgamento da AMS nº 2003.70.00.017703-1/PR assim interpretou o referido princípio constitucional, tentando estabelecer os contornos do seu núcleo essencial:

[O] “núcleo essencial” da liberdade de crença: liberdade de ter, não ter e deixar de ter religião e a liberdade de livre escolha da crença, de mudar e de abandonar a própria crença religiosa. Moderna doutrina de “liberdade religiosa”, compatível com o pluralismo de idéias, o princípio da não-confessionalidade, a tolerância e a diversidade de culturas, crenças e idéias. Reconhecimento, como âmbito de proteção do direito, a “união indissociável entre crença e conduta”.

Existe, porquanto, uma união indissociável entre consciência e crença, crença e conduta, conduta e culto, e culto e consciência. Os termos que compõem o direito fundamental a liberdade religiosa se implicam de forma dialética e se pressupõem de modo que quando qualquer deles deixa de ser protegido, vê-se comprometida a força normativa da própria Constituição, para usar a expressão de Konrad Hesse, que elevou tal direito a categoria da fundamentalidade.

É de suma importância resguardar que o direito de determinar a conduta de acordo com a consciência religiosa está no núcleo do direito a liberdade religiosa, e essa liberdade de auto-determinar-se de acordo com essa convicção é o que se chama de culto. Duguit (2005, p. 232-233) afirmou que:

[...] toda religião contém um segundo elemento: o rito ou culto. Para que a liberdade religiosa exista, é preciso que cada um seja inteiramente livre para praticar qualquer culto religioso, que ninguém possa ser molestado por ele, nem impedido, direta ou indiretamente, de praticar o culto correspondente a suas crenças religiosas, e, o inverso. [...] a liberdade religiosa é, pois, encarada assim, essencialmente a liberdade de culto.

Alguns tribunais têm operado verdadeira *redução* do direito à liberdade religiosa, restringindo a proteção constitucional apenas ao culto objetivo, ou aos lugares de culto, que devem organizar-se de acordo com as normas legais aplicáveis à espécie, sem se darem conta que existem práticas de culto que transcendem materialmente os templos, principalmente as normas de conduta e a moral fundamental, que são ínsitas a todas as organizações religiosas.

Aqui vale lembrar os ensinamentos de Jorge Miranda (1998, p. 359) quando assevera que:

A liberdade religiosa não consiste apenas em o Estado a ninguém impor religião ou a ninguém impedir de professar determinada crença. Consiste ainda, por um lado, em que o Estado permitir ou propiciar a quem seguir determinada religião o cumprimento dos deveres que dela decorrem (em matéria de culto, de família ou de ensino, por exemplo) em termos razoáveis.

E conclui:

Se o Estado, apesar de conceder aos cidadãos, o direito de terem uma religião, os puser em condições que os impeçam de a praticar, aí não haverá liberdade religiosa.

Percebe-se, então, que a posição do Estado na garantia do direito à liberdade religiosa não é passiva, não consistindo a laicidade do Estado em uma completa omissão, até porque um estado omisso na garantia da liberdade de religião não é um Estado laico e sim um Estado contra a religião.

No Brasil, o legislador infraconstitucional não soube regulamentar o tema, forçando o Supremo Tribunal Federal a se pronunciar pela inconstitucionalidade de normas que tratavam de forma inadequada a temática da liberdade religiosa, quer pelo vício de iniciativa, quer pela violação do pacto federativo, ou ainda pela interpretação demasiadamente ampliada do direito à liberdade religiosa.

Na maioria dos casos, a temática da liberdade religiosa, foi invocada em objeções de consciência para freqüentar atividades acadêmicas ou laborais em horários reservados ao culto, ou ainda, para não se ver obrigado a fazer concursos públicos em dias de guarda religioso, quando a questão é levantada pelos Adventistas do Sétimo Dia, que apenas a título de exemplo serão analisados no presente texto, tendo em vista inclusive que a um número particularmente considerável de normas infraconstitucionais a tratar da temática.

Entre os atos normativos acima referidos poder-se-ia destacar a Lei Distrital nº 1.784, de 24.11.1997, do Distrito Federal; a Lei Estadual 6.140, de 24.06.1998, do Estado do Pará; a Lei 11.830, de 11.09.2002, do Rio Grande do Sul; e a Lei 11.662, de 10.01.1997, do Estado do Paraná, que *verbis gratia* passa-se a analisar abaixo.

2.1 Das limitações do direito infraconstitucional

As normas contidas na Lei Estadual 11.662/1997 são as seguintes:

Art. 1º. Ficam os estabelecimentos de ensino da rede pública e particular, de 1º, 2º e 3º graus, obrigados a abonarem as faltas de alunos, motivadas por princípio de consciência religiosa.

Art. 2º. Para o aluno beneficiar-se desta Lei deverá apresentar ao estabelecimento de ensino, declaração assinada pelo responsável da congregação religiosa a que pertence, com firma reconhecida, atestando a sua condição de membro regular da igreja e o dia da semana que deve se abster de freqüentar aulas.

Art. 3º. Caberá ao estabelecimento de ensino dispor sobre o período de validade da declaração mencionada no art. 2º.

Art. 4º. Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Reputa-se, contudo, que a legislação em questão não pode ser aplicada porque viola o pacto federativo e, portanto, é eivada de severa inconstitucionalidade (CHIMENTI, 2005, p. 176).

Com o pacto federativo firmado em 1988, com a promulgação da Constituição, foi concedido pelo Poder Constituinte Originário o direito às três esferas de governo (União, Estados e Distrito Federal e Municípios) legislarem sobre determinados assuntos de seus interesses. Mas a liberdade de normatizar ficou adstrita, cabendo a cada um legislar nas hipóteses em que a Constituição autoriza. Sendo assim, à União cabe fazer atos normativos de interesse nacional, aos Estados legislar acerca do interesse regional e aos Municípios resta produzir normas sobre o interesse local.

Para melhor organização do arcabouço legal e para promover maior segurança jurídica, a Constituição resolveu, e com razão, limitar o poder de legislar. Tendo em vista tais razões, há dois tipos de competências legislativas importantes que devemos destacar, sendo elas: competência privativa e competência concorrente.

O artigo 22 da Constituição da República de 1988 estabelece a competência privativa do Estado Brasileiro (União). Nesse tipo de competência, como o próprio nome leva a crer, é imprescindível que a União promulgue o ato normativo para que passe pelo crivo da constitucionalidade, em tese.

Cabe transcrever, no que interessa, o dispositivo constitucional, supra referido:

Art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXIV – diretrizes e bases da educação nacional;

[...]

Prevista no artigo 24 da Constituição Federal, a competência concorrente consiste na edição de atos normativos, onde as duas esferas de governo, a federal e a estadual andam lado a lado. Os Municípios não possuem este tipo de competência, cabendo complementar a legislação federal e estadual no que for de sua atribuição (SILVA, 2005, P. 504), a isto se dá o nome de competência complementar, que não será objeto de apreciação no caso.

No entanto, há algumas peculiaridades acerca deste tipo de competência (concorrente) que devem ser destacadas. A União está limitada a estabelecer normas de diretrizes gerais acerca das matérias elencadas no art. 24 e seus incisos (art. 24, § 1º. da CF) e os Estados possuem a iniciativa das normas de caráter específico. Quando não existir norma de caráter geral a competência dos Estados-Membros é plena, ou seja, terá validade a lei estadual quando inexistir lei federal genérica (art. 24, § 3º. da CF). *Em caso de concorrência de duas normas, sendo uma delas federal e outra estadual, deve prevalecer a federal*, já que a norma de caráter específico – que é a que pode ser editada pelo Estado – não pode contrariar a norma de caráter geral, nem dizer mais do que ela disse, nem excepcioná-la, mas apenas detalhá-la.

Neste diapasão, José Afonso da Silva (2005, p. 504) se manifesta da seguinte forma:

Tanto isso é uma técnica de repartição de potencia federativa que os §§ 3º. e 4º. complementam sua normatividade, estabelecendo, em primeiro lugar, que, inexistindo lei federal sobre normas gerais os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender as suas peculiaridades, e, em segundo lugar, que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrária. Note-se bem, o constituinte foi técnico: a lei federal superveniente não revoga a lei estadual nem a derroga no aspecto contraditório, esta apenas perde sua aplicabilidade, porque fica com sua eficácia suspensa. Quer dizer, também, sendo revogada a lei federal pura e simplesmente, a lei estadual recobra sua eficácia e passa outra vez a incidir.

Da interpretação sistemática do artigo 24 da Constituição Federal, interpretando-se a *contrario sensu* a citação acima colacionada, se a legislação federal existe, o Estado-membro extrapolou sua competência legislativa ao promulgar a legislação sobre tema tratado em lei federal, a norma estadual é *inimortis*, tecnicamente nunca poderá ser aplicada, pois apareceu no ordenamento jurídico em conflito com norma com a qual, por expressa determinação da Constituição, deveria concordar.

Cumprido examinar precedente específico do Supremo Tribunal Federal a respeito de matéria idêntica a da legislação paranaense em comento, relacionada à temática da liberdade religiosa, quando julgou ADI 2806-5 em face da Lei 11.830 do Rio Grande do Sul.

Percebe-se, da análise da decisão, que o Supremo Tribunal Federal não abordou, porque não precisava ou porque não entendeu conveniente, a questão de fundo, qual seja, a regulamentação do direito à liberdade religiosa.

É certo, todavia, que o Ministro Sepúlveda Pertence, ao proferir seu voto, destacou:

Pergunto seria constitucional uma lei de iniciativa do Poder Executivo que subordinasse assim o andamento da administração pública aos “dias de guarda” religiosos? Seria razoável, malgrado fosse a iniciativa do Governador, acaso crente de alguma fé religiosa que faz os seus cultos na segunda-feira à tarde, que todos esses crentes teriam direito a não trabalhar na segunda-feira e pedir reserva de outra hora para o seu trabalho? É desnecessário à conclusão, mas considero realmente violados, no caso, princípios substanciais, a partir do “duo process” substancial e do caráter laico da República. Deixo claro que também julgo a lei materialmente inconstitucional’.

O primeiro aspecto que merece atenção é se o Estado laico, que não obstante assegura “a *liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias*” (CF, art 5o, VI), pode por lei impor condutas de adequação a convicções e preceitos religiosos alheios.

A laicidade do Estado, contudo, não impede a regulamentação do direito à liberdade religiosa. Justifica-se esse posicionamento em razão de serem os direitos fundamentais direitos de participação ou de prestação (HESSE, 2001, p. 95), não significando que a posição do Estado seja de completa omissão. Ao contrário, exige-se do Estado uma cooperação com o exercício da liberdade religiosa, sem proselitismo de qualquer uma delas, a fim permitir que todos possam gozar de sua liberdade. O que se exige, portanto, é um Estado religiosamente neutro.

Maurice Barbier (1995, p. 80-81) faz interessante distinção entre laicidade-separação e laicidade-neutralidade, explicando:

antes de mais nada, laicidade significa a separação total entre o Estado e as religiões (...). É somente quando livre de toda influência religiosa que o Estado pode ser plenamente ele mesmo e aceder à modernidade política (...). Dizer que a religião releva da esfera privada não significa que ela seja apenas um negócio privado e pessoal. Significa que ela escapa ao domínio público do Estado, mas pode existir e agir livremente na sociedade. Em segundo lugar, pode-se definir laicidade como a estrita neutralidade do Estado em matéria religiosa (...). Sendo a separação necessariamente recíproca, a neutralidade concerne diretamente apenas ao Estado e não afeta a religião senão por via de consequência. O Estado é neutro em relação à religião, mas esta dispõe de liberdade na sociedade.

O autor em comento (idem, p. 81) chega a afirmar peremptoriamente que: *“a laicidade concerne enfim somente ao Estado e não à sociedade em que a liberdade religiosa deve ser exercida plenamente”*.

Essa neutralidade do Estado deve ser absoluta, implicando em não poder o Estado discriminar entre as diversas igrejas e templos existentes, quer para beneficiá-los, quer para prejudicá-los (GALDINO, 2006, p. 29), exigindo que todas as religiões sejam tratadas igualmente. A neutralidade pode ser vista sob dois aspectos, podendo assumir um caráter negativo ou positivo.

Nas palavras de Sara Guerreiro (2005, p. 76):

O conceito de neutralidade negativa liga-se ao facto de o Estado admitir as mais diversas manifestações das convicções religiosas, não rejeitando qualquer das supostas religiões ou crenças. A neutralidade positiva implica o compromisso do Estado de assegurar, na prática, a todos o livre exercício de sua religião, colocando à disposição os meios que lhe permitam vivê-la.

Percebe-se, então, que dentro de uma neutralidade positiva, o Estado deve regulamentar aspectos relacionados à liberdade religiosa, devendo manter-se em posição de neutralidade, mas garantindo o exercício da liberdade religiosa a todas as pessoas, especialmente às minorias.

Paulo Pulido Adragão (2002, p. 455) sustenta a necessidade de cooperação do Estado com as diversas crenças concluindo o seguinte:

Uma certa medida de colaboração do Estado com os crentes, com as famílias e com as confissões, parece assim ser exigida, não por uma obrigação constitucional expressa de cooperação, mas para efectivação dos direitos de liberdade religiosa constitucionalmente reconhecidos.

Como garantia de democracia, a laicidade deveria encontrar amplo respaldo da jurisdição constitucional. Kelsen (1993, p. 67) afirmaria que:

[...] esta proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares.

Em outra ocasião (1981, p. 202) ainda assevera que:

Enquanto assegura a formação constitucional das leis e em particular a constitucionalidade material das mesmas, esta [a jurisdição constitucional] é um meio de proteção eficaz da minoria contra os abusos da maioria. O domínio desta última é suportável apenas se exercido de modo regular (...) A essência da democracia reside não mais na onipotência da maioria, mas

no constante compromisso entre os grupos que a maioria e a minoria representam no parlamento, e, portanto, na paz social, a justiça constitucional surge como instrumento apto a realizar esta idéia.

A garantia da liberdade religiosa protege as minorias formadas por aqueles que possuem sua crença e tem o direito de divulgá-la no âmbito de suas liberdades (não invadindo nem prejudicando crença alheia) (HERKENHOFF, 1997, p. 78).

Concluindo, embora a Constituição tenha estabelecido a laicidade do Estado brasileiro, impõe-se, especialmente em situações de conflito, a regulamentação do tema a fim de garantir-se o pleno exercício da liberdade religiosa.

No caso dos concursos públicos, atividades escolares e vestibulares, a falta de regulamentação traz sério prejuízo àqueles que possuem convicções religiosas minoritárias, não sendo razoável exigir-lhes que tenham que renegar a sua fé para exercer outros direitos assegurados constitucionalmente.

Vale lembrar que a alínea 2 do art. 12 da Convenção América de Direitos estabelece: “*Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou crença*”.

Ademais, fere-se nesse caso princípio da igualdade, pois se estaria tratando de forma igual seguidores de religiões diferentes com dogmas diferentes. Falando a respeito do direito a igualdade, Jónatas Machado (1996, p. 287) escreve o seguinte:

Nesta linha de pensamento, deve adscrever-se ao princípio da igualdade uma função inclusiva. A comunidade política é constituída por cidadãos diferenciados entre si em função da raça, de sexo, das convicções ideológicas, religiosas, etc. Do mesmo modo, existem diferentes tradições de inclusão e exclusão, de privilégio e de discriminação, muitas delas profundamente enraizadas na história e na cultura. É neste contexto que o princípio da igualdade é chamado a operar.

Poder-se-ia alegar que esse tratamento “desigual” poderia levar a um confronto, a um sectarismo religioso. Acredita-se exatamente o contrário. O tratamento desigual visa garantir todos os direitos constitucionalmente assegurados, promovendo a inclusão de todas as pessoas, independente da religião que professem. Assim, com a inclusão, ao contrário do sectarismo ocorrerá aquilo que Thomas Michel (2005, p. 132) chama de humanismo intercultural onde “cada cultura, com a fé religiosa que modela civilizações e, ao mesmo tempo, que transcende cada sistema cultural, tem suas próprias condições de dar ao diálogo”.

Acredita-se, então, que somente a regulamentação da questão relativa aos concursos públicos, vestibulares, etc, através de lei federal, minimizará a exclusão dos seguidores das religiões minoritárias.

A propósito, essa é a sugestão de Alberto Benasuly (2004, p. 93) quando trata da problemática da liberdade religiosa na Espanha, aduzindo que “também se

poderia solucionar o problema, mediante uma lei unilateral do Estado em consonância com a doutrina, o direito e a jurisprudência internacionais na matéria”.

No Brasil, a respeito do tema, tramitam na Câmara dos Deputados vários projetos regulamentando o dia para a realização de concursos públicos, vestibulares, estando todos apensados ao projeto de lei nº 5/1999, de autoria do deputado Silas Brasileiro, do PMDB de Minas Gerais, tendo a Comissão de Justiça e Cidadania apresentado parecer pela constitucionalidade do projeto.

Ocorre que passados quase dez anos da apresentação do projeto, o mesmo permanece pronto para julgamento aguardando à apreciação do Plenário.

Essa omissão legislativa vem trazendo graves prejuízos a uma parcela da população, vez que não podem exercer seus direitos na sua plenitude, sendo necessário se perquirir qual seria a solução jurídica para os adeptos de minorias religiosas que possam estar sendo prejudicadas.

3. Mecanismos previstos da constituição para a busca da efetividade da tutela de interesses de minorias religiosas

Tratando-se de omissão legislativa, num primeiro momento devemos indagar a possibilidade da utilização do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade para buscar obrigar o legislador a editar uma lei que garantisse o direito à liberdade religiosa.

O art. 5º, inciso LXXI criou o Mandado de Injunção estabelecendo que será cabível o mesmo sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania, e à cidadania.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão está prevista no art. 103, § 2º da Constituição, onde o Constituinte estabelece que declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.

Esses institutos, novidades na Constituição de 1998, tentam acabar com a síndrome de inefetividade das normas constitucionais que muitas vezes impede a concretização dos direitos constitucionalmente assegurados por falta de vontade política dos governantes.

Ocorre que estes institutos pressupõem a existência de imposição constitucional para a superar a inércia dos poderes públicos em regulamentar a Constituição. No caso do direito à religião não existe essa imposição constitucional e por isso tais institutos não parecem adequados à solução do problema aqui analisado.

Alexandre de Moraes (2006, p. 157) afirma:

As normas constitucionais que permitem o ajuizamento do mandado de injunção assemelham-se às da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e não decorrem de todas as espécies de omissões do Poder Público, mas tão-só em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo de caráter impositivo e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade.

Frise-se que o inciso VI, do art. 5º da Constituição é norma de eficácia plena, não sendo possível invocar a omissão do legislador para pleitear a sua regulamentação.

Outras alternativas existem na Constituição para garantir o direito das minorias religiosas, sendo o Mandado de Segurança a mais utilizada atualmente, especialmente para a garantia do direito individual dos seguidores das religiões minoritárias.

Embora o mandado de segurança possa ser utilizado para a garantia do direito individual dos seguidores de determinada religião, não nos parece adequado que ele seja tido com o instrumento ideal para a efetivação do direito à liberdade religiosa.

Conclui-se isso em razão de se exigir no Mandado de Segurança a provocação do interessado, ou seja, o mesmo deve estar representado para impugnar o ato tido como violador do direito líquido e certo. Sabemos que embora a Constituição garanta o acesso a justiça de forma universal, inclusive com a criação das Defensorias Públicas, muitas vezes as pessoas alijadas de seus direitos não optam, por comodidade ou por desconhecimento, pela sua defesa junto ao Poder Judiciário. Assim, se um concurso público ou vestibular é marcado para o sábado, por exemplo, muitos candidatos adeptos de credos minoritários já são afastados porque de início se sentem desestimulados, e acabam não participando do certame. Assim, o fato de um concurso ter sido realizado no sábado e um candidato tenha obtido judicialmente o direito de realizar a prova em horário diverso, não significa que o direito das minorias foi respeitado, especialmente porque muitos pretensos candidatos deixaram de se inscrever no concurso ao saber que as provas seriam realizadas em dia e horário que contrariavam as suas convicções religiosas.

Seria o mesmo que o Estado fornecesse medicamentos apenas àqueles que ingressassem com mandados de segurança, deixando órfã todos os outros cidadãos que não buscaram o Poder Judiciário.

Percebe-se, então, que a garantia dos direitos fundamentais está muito ligada a universalidade, só sendo possível afirmar que um direito fundamental tenha efetividade quando toda a população possa, querendo, exercê-lo. O controle concentrado mostra-se mais adequado para a solução razoável da questão, especialmente porque o tema liberdade religiosa é complexo, havendo uma gama enorme de variáveis, que implicaria na prolação de diferentes decisões a respeito do mesmo tema, colocando em risco a segurança jurídica.

Resta analisar a aplicação do instituto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

A ADPF foi introduzida no direito constitucional brasileiro através da EC nº 3, de 17 de março de 1993, que deu ao art. 102, § 1º a seguinte redação ao dispositivo: “a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

A norma constitucional tinha eficácia limitada e somente com o advento da Lei 9.882/99 o instituto foi efetivamente introduzido no sistema de controle de constitucionalidade brasileira. Referida lei trouxe o delineamento da ADPF e com base nela analisaremos a possibilidade da sua aplicação à falta de regulamentação do direito à liberdade religiosa.

Embora a lei tenha disciplinado o procedimento da ADPF, não definiu o que sejam preceitos fundamentais, cabendo ao intérprete a definição do que seja preceito fundamental.

De pronto, pode-se afirmar que nem todos os preceitos constitucionais são fundamentais. O constituinte utilizou a expressão *preceito fundamental* e por isso não é possível entendê-lo como sendo *preceito constitucional*. Assim, percebe-se que na Constituição existem normas que têm maior importância que outras, constituindo por isso preceitos fundamentais.

Por outro lado, os princípios constitucionais, por serem a base e o fundamento de todo o ordenamento jurídico, são preceitos fundamentais.

Diante disso, não resta dúvida que o princípio constitucional que garante a liberdade religiosa é preceito fundamental e pode ser o objeto da ADPF.

No caso a hipótese de cabimento da ADPF é na modalidade de ação autônoma e terá caráter preventivo, visto que no termo do art. 1º da lei 9.882/99 tem por objetivo “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. Isso considerado, é de se ressaltar que a regulamentação do direito à liberdade religiosa, especialmente no que diz respeito ao período para a realização de concursos, vestibulares e atividades escolares, visa impedir que as minorias religiosas deixem de exercer outros direitos fundamentais em razão de suas convicções. A ADPF, portanto, tem caráter preventivo. Como já afirmou-se, as barreiras religiosas impedem que os seus seguidores sequer busquem exercer seus direitos, pois já de início se sentem desestimulados com a necessidade de ingressar com mandados de segurança para garantir o acesso aos concursos e vestibulares.

Assim, o caráter preventivo da ADPF impedirá que essas minorias religiosas sejam impedidas de ter acesso a cargos públicos, acesso à educação e por consequência a muitos outros direitos.

Pode-se discutir ainda, se seria cabível a ADPF no caso em razão de não existir uma ato a ser impugnado, especialmente porque a Lei 9.882/99 estabelece que a inicial deverá conter a indicação do ato impugnado.

Ocorre que pela expressão ato, assim como no Mandado de Segurança, deve ser entendida como sendo ação ou omissão da autoridade competente para a prática do ato.

Percebe-se, portanto, que tanto a ação como a omissão do Poder Público podem ser objeto de questionamento na ADPF.

Roberto Mendes Mandeli Junior (2003, p. 136), analisando comparativamente a ADIN por omissão e a ADPF chega a essa mesma conclusão aduzindo o seguinte:

A arguição de descumprimento, dessa forma, também proporciona uma complementação ao sistema de fiscalização da constitucionalidade, pois possibilita a sindicalidade, em caráter concentrado, de uma omissão do poder público de caráter não normativo, como, por exemplo, o não provimento de cargos, pelo Presidente da República, de Ministro do STF, Tribunais Superiores ou do Procurador-Geral da República.

Lembre-se que a decisão proferida na ADPF, nos termos do art. 10 da lei 9882/99 fixará as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental.

A respeito disso, Gilmar Mendes, Inocêncio Coelho e Paulo Gustavo Branco, em obra coletiva, (2008, p. 1164) escrevem que:

O art. 10 da Lei n. 9.882/99, ao estatuir que o STF fixará as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental vulnerado, abre uma nova perspectiva, não por criar uma nova via processual própria, mas justamente por fornecer suporte legal direto ao desenvolvimento de técnicas que permitam superar o estado de inconstitucionalidade decorrente da omissão.

Ademais, a decisão da ADPF terá efeito vinculante, garantindo, assim, o respeito à diversidade religiosa, especialmente no que diz respeito à realização de concursos públicos, vestibulares e atividades educacionais.

Conclusões

A convivência de diversas expressões religiosas experimentadas pelas sociedades contemporâneas cada vez mais multiculturais e pluralistas tem incrementado conflitos de valores religiosos que projetados no interior do Estado, inegavelmente, produzem *aporias* que devem ser enfrentadas pelo Direito.

O Estado não pode se abster de tratar a questão religiosa, não sendo a laciidade do Estado justificativa para a sua omissão. A neutralidade do Estado deve ser entendida como imposição ao Estado de não privilegiar qualquer religião, mas dentro dessa neutralidade, considerando a desigualdade das pessoas, deve o Estado dar tratamento diferenciado às religiões, naquilo que for necessário para garantir a igualdade material, tudo visando a inclusão das religiões.

A inclusão dos seguidores das religiões minoritárias, mais do que gerar o sectarismo religioso, fará com que os mesmos possam exercer seus direitos sem

abrir mão de suas convicções religiosas.

O Estado brasileiro precisa, então, regulamentar de forma adequada o direito à liberdade religiosa, especialmente no que diz respeito aos concursos públicos, vestibulares e atividades escolares. Por outro lado, a falta de regulamentação não pode continuar cerceando o direito das minorias religiosas, exigindo-se a utilização dos instrumentos constitucionais criados pelo constituinte de 1988 que buscam dar efetividade às normas constitucionais.

Conclui-se que a argüição de descumprimento de preceito fundamental é o principal instrumento para a garantia do direito à liberdade religiosa na busca de uma sociedade religiosamente inclusiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADRAGÃO, Paulo Pulido. *A liberdade religiosa e o Estado*, Coimbra: Almedina, 2002.

BASTOS, C.R., MARTINS, I.G., *Comentários à Constituição do Brasil*, SP: Saraiva, 1988/89, vol. 2.

BARBIER, Maurice. *La laïcité*. Paris : L'Harmattan, 1995

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e ampliação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BOBBIO, N., *Dicionário de Política*, Brasília: UnB, 1986.

BENASULY, Alberto. *Liberdade religiosa y derechos humanos*. Barcelona: J.M. Bosch, .

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, JOSÉ MURILO. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CIFUENTES, R.L. *Relações entre a Igreja e o Estado*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1989.

CHIMENTI, Ricardo Cunha, (et al). *Curso de direito constitucional*. 2ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2005

DUGUIT, Leon. *Manual de derecho constitucional*. Granada:Comares, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Os direitos levados a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GALDINO, Elza. Estado sem Deus: a obrigação da laicidade na Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUERREIRO, Sara. As fronteiras da tolerância: liberdade religiosa e proselitismo na convenção europeia dos direitos do homem. Coimbra: Almedina. 2005, p. 76.

HERKENHOFF, João Baptista. *Direitos humanos: a construção universal de uma utopia*. Aparecida: Santuário, 1997.

HESSE, Konrad & BENDA, Ernesto & MAIHOFER, Werner & VOGEL, Juan J. & HEYDE, Wolfgang. Manual de derecho constitucional. Madrid: Marcial Pons, 2001.

KELSEN, Hans. *La garanzia giurisdizionale della costituzione (La giustizia costituzionale)* in *La giustizia costituzionale*. Milano: Giuffrè, 1981, p. 202.

_____. *A essência e o valor da democracia*, in *A democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva. Coimbra: Coimbra

MANDELI JUNIOR, Roberto Mendes. Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de proteção dos Direitos Fundamentais e da Constituição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARZAL, Antonio. *Libertad religiosa y derechos humanos*. Barcelona: J.M.Bosch y ESADE, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gusmão Gonet. Curso de Direito Constitucional, 2ª edição. São Paulo: Saraiva,

MICHEL, Thomas, Liberdade religiosa em questão, Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2005

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 2ª edição. Coimbra: Coimbra, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 20ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

PINSKY, Jaime; PINSKY, Carla Bassanezi (orgs.). História da Cidadania. São Paulo: Contexto, 2003.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia jurídica dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito constitucional positivo*. 17ªed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade Religiosa na Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.