

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.439 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO:

1. Possibilidade de controle normativo abstrato, pelo Supremo Tribunal Federal, da constitucionalidade de tratados, convenções ou atos de direito internacional público, como o Acordo bilateral Brasil/Santa Sé

Preliminarmente, rejeito a alegada inadmissibilidade de controle de constitucionalidade de atos de direito internacional público celebrados pelo nosso País, como o Acordo entre o Brasil e a Santa Sé, que instituiu, entre nós, o Estatuto Jurídico da Igreja Católica Apostólica Romana.

Impõe-se reconhecer, desde logo, que esse Acordo bilateral qualifica-se como ato internacional **de conteúdo essencialmente normativo**, veiculador de regras gerais, abstratas e impessoais, **destinadas** à observância dos Estados-Partes.

Sustenta-se, ainda, em preliminar, que o Supremo Tribunal Federal **não dispõe** de competência para apreciar a constitucionalidade de referido Acordo, **eis que, tratando-se de ato internacional de caráter bilateral,** esse controle abstrato **transcenderia** a esfera jurídica de interesse meramente unilateral do Estado brasileiro, **afetando, em consequência,** as relações normativas **já estabelecidas, entre o Brasil e a Santa Sé, no plano internacional.**

Registre-se, por necessário, que o Acordo em questão **já se acha formalmente incorporado** ao plano do direito positivo interno do Brasil, **pois foi aprovado** pelo Congresso Nacional (Decreto Legislativo nº 698/2009) **e promulgado** pelo Presidente da República (Decreto nº 7.107/2010).

As cláusulas convencionais, **inscritas** em mencionado Acordo, *agora reduzidas à dimensão doméstica do ordenamento jurídico brasileiro*, **expõem-se**, em consequência, **ao pleno** controle jurisdicional de constitucionalidade.

Na realidade, a fiscalização de constitucionalidade dos atos de direito internacional (“*rectius*”: dos atos estatais domésticos **que incorporaram** as normas convencionais ao sistema de direito positivo interno) **qualifica-se**, *na perspectiva do sistema jurídico vigente no Brasil*, como consequência necessária que deriva **da irrecusável** supremacia da Constituição da República **sobre todos** os tratados internacionais **celebrados** pelo Estado brasileiro.

Sabemos que o exercício do “*treaty-making power*”, pelo Estado brasileiro – **não obstante o polêmico** art. 46 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados –, **está sujeito à observância das limitações jurídicas emergentes do texto constitucional**.

A Constituição **qualifica-se** como o estatuto fundamental da República. **Nessa condição**, todas as leis domésticas e tratados **celebrados** pelo Brasil **estão subordinados** à autoridade hierárquico-normativa desse instrumento básico que é a nossa Carta Política. *Portanto*, **nenhum** valor jurídico terá o ato de direito internacional público que, **incorporado** ao nosso sistema normativo interno, **transgredir**, *formal ou materialmente*, o **texto** da Constituição da República, **considerada** a posição de eminência da Lei Fundamental, **como já decidiu esta Corte** (ADI 2.215-MC/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*) e **entende o magistério da doutrina** (MARCELO REBELO DE SOUSA, “O Valor Jurídico do Acto Inconstitucional”, vol. I/77, 1988, Lisboa; MARCELO NEVES, “Teoria da Inconstitucionalidade das Leis”, p. 68/85, 1988, Saraiva; JOSÉ AFONSO

ADI 4439 / DF

DA SILVA, “Curso de Direito Constitucional Positivo”, p. 54/58, item n. 15, 15ª ed., 1998, Malheiros; OSWALDO LUIZ PALÚ, “Controle de Constitucionalidade”, p. 75/76, 1999, RT; ALFREDO BUZAID, “Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro”, p. 132, item n. 60, 1958, Saraiva; RUY BARBOSA, “Comentários à Constituição Federal Brasileira”, vol. IV/135 e 159, **coligidos** por Homero Pires, 1933, Saraiva; ALEXANDRE DE MORAES, “Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais”, p. 270, item n. 6.2.1, 2000, Atlas; ELIVAL DA SILVA RAMOS, “A Inconstitucionalidade das Leis”, p. 119 e 245, itens ns. 28 e 56, 1994, Saraiva; OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, “A Teoria das Constituições Rígidas”, p. 204/205, 2ª ed., 1980, Bushatsky, v.g.).

É que o sistema jurídico brasileiro **não confere** *qualquer precedência hierárquico-normativa* aos atos internacionais sobre o ordenamento constitucional. É **essencial reconhecer, portanto, que a inconstitucionalidade** de tratados, convenções ou atos de direito internacional público **impedirá** a aplicação de suas normas na ordem jurídica interna brasileira, **ao contrário** do que prevalece, *p. ex.*, no sistema normativo **vigente** em Portugal, cuja Constituição (1976) – **com as alterações introduzidas** pela Segunda Revisão Constitucional (1989) – **excepcionalmente admite** a incidência de normas **formalmente inconstitucionais constantes** de tratados internacionais (**art. 277, n. 2**): “A *inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental*”.

Desse modo, a relação de eventual antinomia entre o tratado internacional e a Constituição da República **impõe que se atribua, no sistema de direito positivo vigente no Brasil, irrestrita precedência hierárquica** à ordem normativa consubstanciada no texto constitucional.

Daí a precedente advertência de JOSÉ FRANCISCO REZEK (“Direito dos Tratados”, p. 462/463, item n. 388, 1984, Forense):

“Assim, posto o primado da constituição em confronto com a norma ‘pacta sunt servanda’, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder.

*Embora sem emprego de linguagem direta, **a Constituição brasileira deixa claro que os tratados se encontram aqui sujeitos ao controle de constitucionalidade**, a exemplo dos demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico.*

Tão firme é a convicção de que a lei fundamental não pode sucumbir, em qualquer espécie de confronto, que nos sistemas mais obsequiosos para com o Direito das Gentes tornou-se encontrável o preceito segundo o qual todo tratado conflitante com a constituição só pode ser concluído depois de se promover a necessária reforma constitucional.

.....
***Abstraída a constituição do Estado**, sobrevive o problema da concorrência entre tratados e leis internas de estatura infraconstitucional. A solução, em países diversos, consiste em garantir prevalência aos tratados. Noutros, entre os quais o Brasil contemporâneo, garante-se-lhes apenas um tratamento paritário, tomadas como paradigma as leis nacionais e diplomas de grau equivalente.” (grifei)*

Foi por essa razão – e tendo presente o absoluto primado da Constituição da República sobre os atos de direito internacional público – que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, atuando em sede de controle normativo abstrato (Rp 803/DF), declarou a inconstitucionalidade parcial da Convenção nº 110 da Organização Internacional do Trabalho (RTJ 84/724, Rel. Min. DJACI FALCÃO).

O eminente Professor CELSO LAFER, quando Ministro das Relações Exteriores, ao propor à Presidência da República o encaminhamento, ao Congresso Nacional, do texto da *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*, entendeu conveniente enfatizar, em sua *Exposição de Motivos*, com inteira correção e absoluto rigor acadêmico, a necessária subordinação hierárquica dos atos internacionais à ordem normativa fundada na Constituição da República (Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 19/5/92, p. 9241):

*“(...) Seja como for, a eventual aprovação integral da *Convenção*, mesmo sem qualquer reserva, pelo Congresso Nacional, nunca poderia ser tomada como postergatória de normas constitucionais, já que no Brasil não se tem admitido que os tratados internacionais se sobreponham à Constituição.”*
(grifei)

O fato irrecusável, no sistema jurídico vigente no âmbito do Estado brasileiro, reside na circunstância de que todos os tratados e convenções celebrados pelo Brasil devem necessariamente conformar-se ao domínio normativo da Constituição da República, sob pena de invalidade e de ineficácia das cláusulas convencionais.

Não há dúvida, portanto, de que se revela possível impugnar “*in abstracto*”, perante o Supremo Tribunal Federal, a legitimidade constitucional de atos normativos de direito internacional público, desde que – reitere-se – já incorporados ao plano do direito positivo interno brasileiro.

O magistério doutrinário, por sua vez, reconhece a possibilidade jurídica de os atos domésticos – que aprovaram (decreto legislativo) e que promulgaram (decreto presidencial) os tratados e convenções internacionais, incorporando-os formalmente ao plano do direito positivo interno – qualificarem-se como atos passíveis de controle abstrato de constitucionalidade (GILMAR FERREIRA MENDES, “Jurisdição

ADI 4439 / DF

Constitucional”, p. 155 e 168, 1996, Saraiva; CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, “A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, p. 142, 1995, RT; ANTONIO PAULO CACHAPUZ DE MEDEIROS, “O Poder de Celebrar Tratados”, p. 277, 1995, Fabris Editor, Porto Alegre; JOSÉ FRANCISCO REZEK, “Direito Internacional Público”, p. 104, item n. 49, 5ª ed., 1995, Saraiva, v.g.).

Mais do que isso, o próprio Supremo Tribunal Federal, ao apreciar essa questão **sob a égide** da Carta Política de 1969, **expressamente admitiu** a sua competência para, *em sede de fiscalização concentrada*, efetuar a verificação em abstrato da constitucionalidade de atos internacionais, **ênfatizando** que as regras acolhidas em tratado **ou** em convenção, “*não obstante oriundas de instrumento internacional (...), não guardam validade na órbita interna, se afrontam preceito da Lei Magna*” (RTJ 84/724, 727, Rel. Min. DJACI FALCÃO – grifei).

Esta Suprema Corte, ao reconhecer a competência do Poder Judiciário para efetuar o controle de constitucionalidade dos atos internacionais, **limitou-se**, na realidade, a **proclamar a inquestionável supremacia jurídica** da ordem constitucional sobre as prescrições emergentes de qualquer tratado internacional, **pois**, *consoante adverte* PONTES DE MIRANDA (“Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969”, tomo IV/146, item 35, 2ª ed., 1974, RT), “**Também ao tratado**, como a qualquer lei, **se exige ser constitucional**” (grifei).

Na verdade, essa compreensão do tema, **que confere absoluta precedência à Constituição da República sobre os tratados internacionais celebrados pelo Brasil**, tem sido reiterada em outros julgamentos do Supremo Tribunal Federal, *de que constituem exemplos expressivos as decisões proferidas no RE 109.173/SP*, de que foi Relator o eminente Ministro CARLOS MADEIRA (RTJ 121/270-276) e **na ADI 1.480/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

*Assim sendo, **rejeito** a preliminar suscitada e **reconheço**, em consequência, **a possibilidade** de o Supremo Tribunal Federal **efetuar o controle abstrato de constitucionalidade do Acordo Brasil/Santa Sé, porque** – não obstante o caráter bilateral desse ato normativo internacional – **está ele sujeito**, uma vez incorporado definitivamente ao direito positivo interno do Brasil, **à eficácia subordinante** das cláusulas **inscritas** na Constituição da República.*

2. A pretensão de inconstitucionalidade

*O Acordo Brasil/Santa Sé, **que dispõe sobre o Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, sofreu** impugnação, **em sede de controle normativo abstrato, por iniciativa** da Senhora Procuradora-Geral da República **em exercício.***

*Com efeito, a douta Procuradoria-Geral da República **ajuizou** a presente ação direta **para que** esta Corte Suprema “(i) **realize interpretação conforme a Constituição** do art. 33, ‘caput’ e §§ 1º e 2º, da Lei no 9.394/96, **para assentar que o ensino religioso em escolas públicas só pode ser de natureza não-confessional**, com proibição de admissão de professores na qualidade de representantes das confissões religiosas; (ii) **profira decisão de interpretação conforme a Constituição** do art. 11, § 1º, do ‘Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil’, aprovado pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 698/2009 e promulgado pelo Presidente da República através do Decreto nº 7.107/2010, **para assentar que o ensino religioso em escolas públicas só pode ser de natureza não-confessional; ou (iii) caso se tenha por incabível** o pedido formulado no item imediatamente acima, **seja declarada a inconstitucionalidade** do trecho ‘católico e de outras confissões religiosas’, constante no art. 11, § 1º, do Acordo Brasil-Santa Sé acima referido” (grifei).*

*É **interessante observar**, neste ponto, **para efeito de mero registro histórico**, que o Estado brasileiro **celebrou**, até hoje, **03 (três) Acordos***

diplomáticos com a Santa Sé: **o primeiro** deles, **formalizado** em 28/10/1862, **durante** o Segundo Reinado e **sendo** Romano Pontífice o Papa Pio IX, **referente** à *Troca de Notas Reversais* entre o Governo Imperial do Brasil e o Governo Pontifício **a respeito** do envio, organização e direção das missões apostólicas **junto** às *“Tribos indígenas do Império do Brasil”*; **o segundo**, concluído em 23/10/1989, **no Pontificado** de João Paulo II, denominado *“Acordo bilateral”* sobre assistência religiosa às Forças Armadas brasileiras; **e, finalmente, o terceiro** pactuado **no Pontificado** de Bento XVI, **intitulado** *“Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil”*, **que foi objeto** de aprovação congressional (**Decreto Legislativo** nº 698/2009), de ratificação presidencial **e**, posteriormente, de promulgação **mediante** edição do Decreto nº 7.107/2010.

Sendo esse o contexto, entendo necessário estabelecer algumas premissas que tenho por indispensáveis à formulação de meu voto **na presente** causa.

3. A questão da liberdade humana e a intolerância, notadamente em matéria religiosa

Regimes democráticos **não convivem** com práticas de intolerância **ou, até mesmo,** com comportamentos de ódio, **pois** uma de suas características essenciais **reside, fundamentalmente, no pluralismo** de ideias **e na diversidade** de visões de mundo, **em ordem a viabilizar, no contexto de uma dada formação social, uma comunidade inclusiva** de cidadãos, **que se sintam livres e protegidos** contra ações estatais **que lhes restrinjam** os direitos por motivo de crença religiosa **ou** de convicção política ou filosófica.

Vê-se, portanto, que a intolerância, que traduz a antítese da ideia de respeito à alteridade, **transgride, de modo frontal, valores básicos,** como a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político (**CF**, art. 1º, III e V),

que compõem, enquanto fundamentos estruturantes que são, a **própria** noção de Estado Democrático de Direito.

O que se mostra irrecusável, presente essa configuração da ordem democrática, **consiste** no fato de que a observância desses padrões constitucionais, **notadamente** o veto absoluto a **qualquer** discriminação **atentatória** aos direitos e liberdades fundamentais (CF, art. 5º, XLI), **representa** fator essencial à preservação e consolidação de uma sociedade política aberta e plural.

Nesse contexto, Senhora Presidente, **emerge**, como significativo valor que dá expressão às prerrogativas político-jurídicas reconhecidas **em favor** do indivíduo, a **liberdade** de manifestação de pensamento, **que se qualifica** como um dos mais preciosos privilégios dos cidadãos em uma República que se apresente **estruturada** em bases democráticas e **regida**, *por isso mesmo*, **pelo princípio fundamental** do pluralismo político.

Tenho sempre enfatizado, nesta Corte, que **nada** se revela *mais* nocivo e *mais* perigoso do que a pretensão do Estado de reprimir ou de cercear a liberdade de expressão, **inclusive em matéria confessional**, *mesmo* que se objetive, **com apoio** nesse direito fundamental, **notadamente** no campo da liberdade religiosa, **expor** ideias, **oferecer** propostas doutrinárias **ou apresentar** formulações teológicas **que a maioria** da coletividade repudie, **pois**, *nesse tema*, **guardo a convicção** de que **o pensamento há de ser livre**, *permanentemente* livre, *essencialmente* livre.

Inquestionável, *desse modo*, que a liberdade religiosa **qualifica-se** como pressuposto essencial e necessário **à prática** do regime democrático. **A livre** expressão de ideias, pensamentos e convicções, *em sede confessional*, **não pode e não deve ser impedida** pelo Poder Público **nem submetida** a ilícitas interferências do Estado.

Nenhuma autoridade pode prescrever o que será ortodoxo em política, ou em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, jurídica, social, ideológica ou confessional, nem estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição à própria manifestação do pensamento. Isso porque “o direito de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental” representa, conforme adverte HUGO LAFAYETTE BLACK, que integrou a Suprema Corte dos Estados Unidos da América (1937-1971), “o mais precioso privilégio dos cidadãos...” (“Crença na Constituição”, p. 63, 1970, Forense).

Resulta claro, pois, que o tratamento constitucional dispensado, entre outras prerrogativas fundamentais da pessoa, à liberdade religiosa deslegitima qualquer medida individual ou governamental de intolerância e de desrespeito ao princípio básico que consagra o pluralismo de ideias.

Importante lembrar, neste ponto, a afirmação de NORBERTO BOBBIO (“Elogio da Serenidade e Outros Escritos Morais”, p. 149/155, 2000, UNESP) quando esse notável pensador italiano registra que “A ideia de tolerância nasceu e se desenvolveu no terreno das controvérsias religiosas” e que deu suporte, a partir do reconhecimento da liberdade religiosa, à formação dos Estados não confessionais, dando origem, como natural consequência desse processo, ao surgimento do espírito laico, “como aquele modo de pensar que confia o destino do ‘regnum hominis’ mais à razão crítica que aos impulsos da fé”, assim forjando, com apoio no princípio da tolerância, “o respeito pela consciência alheia”, na medida em que o princípio da liberdade de religião significa o direito não só “daqueles que professam uma religião, mas também daqueles não professam nenhuma”.

Sabemos que a liberdade de manifestação do pensamento, revestida de essencial transitividade, destina-se a proteger qualquer pessoa cujas opiniões possam, até mesmo, conflitar com as concepções prevaletentes, em determinado momento histórico, no meio social, impedindo que incida

sobre ela, por conta e efeito de suas convicções, não obstante minoritárias, **qualquer** tipo de restrição de índole política ou de natureza jurídica, pois todos não de ser igualmente livres para exprimir ideias, ainda que estas possam insurgir-se ou revelar-se em desconformidade frontal com a linha de pensamento dominante no âmbito da coletividade.

As ideias, ninguém o desconhece, **podem** ser fecundas, libertadoras, transformadoras **ou**, até mesmo, revolucionárias e subversivas, **provocando** mudanças, **superando** imobilismos e **rompendo** paradigmas até então estabelecidos nas formações sociais.

É por isso que se impõe construir espaços de liberdade, em tudo compatíveis com o sentido democrático **que anima** nossas instituições políticas, jurídicas e sociais, **para que** o pensamento, inclusive o pensamento religioso, **não seja reprimido e**, o que se mostra fundamental, **para que** as ideias **possam** florescer, sem indevidas restrições, em um ambiente de plena tolerância, que, **longe** de sufocar opiniões divergentes, **legitime** a instauração do dissenso e **viabilize**, pelo conteúdo argumentativo do discurso fundado em convicções antagônicas, **a concretização** de valores essenciais à configuração do Estado democrático de direito: **o respeito ao pluralismo político e à tolerância**.

Mostra-se relevante destacar, considerado o valor incomparável da tolerância, a **proclamação** aprovada, em 1995, pela Conferência Geral da UNESCO (“Declaração de Princípios sobre a Tolerância”), **que a define como “a harmonia na diferença” e como “o sustentáculo dos direitos humanos, do pluralismo (inclusive o pluralismo cultural), da democracia e do Estado de Direito”, ao mesmo tempo em que adverte** que “praticar a tolerância não significa (...) renunciar às próprias convicções”, **traduzindo**, ao contrário, **um dos efeitos virtuosos** dessa atitude positiva **em face** de terceiros, **o que estimulará**, naturalmente, **a aceitação e o respeito** pela diversidade das pessoas e pela multiculturalidade dos povos, **assim evitando** que irrompam, no seio das formações sociais, a exclusão, a marginalização, a violência e a discriminação **contra os grupos vulneráveis**.

Daí a essencialidade de propiciar-se a livre circulação de ideias, particularmente no plano das formulações de índole confessional, eis que tal prerrogativa individual **representa** um signo **inerente** às formações democráticas **que convivem** com a diversidade, **vale dizer, com pensamentos antagônicos que se contrapõem, em permanente movimento dialético,** a padrões, convicções e opiniões que exprimem, **em dado momento histórico-cultural,** o “*mainstream*”, **ou seja, a corrente dominante** em determinada sociedade.

Em uma palavra: o direito de dissentir, que constitui irradiação das liberdades do pensamento, **não obstante** a sua extração eminentemente constitucional, **deslegitima-se** quando a sua exteriorização **atingir, lesionando-os, valores e bens jurídicos postos sob a imediata tutela da ordem constitucional, como sucede** com o direito de terceiros à incolumidade de seu patrimônio moral.

É por tal razão que a incitação ao ódio público **contra qualquer** pessoa, povo ou grupo social **não está protegida** pela cláusula constitucional **que assegura a liberdade de expressão.**

Cabe lembrar, neste ponto, a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo Art. 13, § 5º, **exclui, do âmbito de proteção da liberdade de manifestação do pensamento,** “*toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência*”.

Bastante expressiva, também, **a esse respeito, foi a decisão** que o Plenário do Supremo Tribunal Federal **proferiu, por unanimidade, no julgamento da ADPF 187/DF, de que fui Relator,** que restou consubstanciado, **no ponto ora em exame, em acórdão assim ementado:**

“(…) **A LIBERDADE DE EXPRESSÃO** COMO UM DOS MAIS PRECIOSOS PRIVILÉGIOS DOS CIDADÃOS EM UMA

REPÚBLICA FUNDADA EM BASES DEMOCRÁTICAS – O DIREITO À LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO: NÚCLEO DE QUE SE IRRADIAM OS DIREITOS DE CRÍTICA, DE PROTESTO, DE DISCORDÂNCIA E DE LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS – (...) – DISCUSSÃO QUE DEVE SER REALIZADA DE FORMA RACIONAL, COM RESPEITO ENTRE INTERLOCUTORES E SEM POSSIBILIDADE LEGÍTIMA DE REPRESSÃO ESTATAL, AINDA QUE AS IDEIAS PROPOSTAS POSSAM SER CONSIDERADAS, PELA MAIORIA, ESTRANHAS, INSUPORTÁVEIS, EXTRAVAGANTES, AUDACIOSAS OU INACEITÁVEIS – O SENTIDO DE ALTERIDADE DO DIREITO À LIVRE EXPRESSÃO E O RESPEITO ÀS IDEIAS QUE CONFLITEM COM O PENSAMENTO E OS VALORES DOMINANTES NO MEIO SOCIAL – CARÁTER NÃO ABSOLUTO DE REFERIDA LIBERDADE FUNDAMENTAL (CE, art. 5º, incisos IV, V e X; CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Art. 13, § 5º) – A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À LIBERDADE DE PENSAMENTO COMO SALVAGUARDA NÃO APENAS DAS IDEIAS E PROPOSTAS PREVALECENTES NO ÂMBITO SOCIAL, MAS, SOBRETUDO, COMO AMPARO EFICIENTE ÀS POSIÇÕES QUE DIVERGEM, AINDA QUE RADICALMENTE, DAS CONCEPÇÕES PREDOMINANTES EM DADO MOMENTO HISTÓRICO-CULTURAL, NO ÂMBITO DAS FORMAÇÕES SOCIAIS – O PRINCÍPIO MAJORITÁRIO, QUE DESEMPENHA IMPORTANTE PAPEL NO PROCESSO DECISÓRIO, NÃO PODE LEGITIMAR A SUPRESSÃO, A FRUSTRAÇÃO OU A ANIQUILAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, COMO O LIVRE EXERCÍCIO DO DIREITO DE REUNIÃO E A PRÁTICA LEGÍTIMA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO, SOB PENA DE COMPROMETIMENTO DA CONCEPÇÃO MATERIAL DE DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL – A FUNÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – INADMISSIBILIDADE DA PROIBIÇÃO ESTATAL

*DO DISSENSO' – **NECESSÁRIO RESPEITO** AO DISCURSO ANTAGÔNICO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE CIVIL, **COMPREENDIDA** COMO ESPAÇO PRIVILEGIADO **QUE DEVE** VALORIZAR O CONCEITO DE '**LIVRE MERCADO DE IDEIAS**' – **O SENTIDO** DA EXISTÊNCIA DO '**FREE MARKETPLACE OF IDEAS**' COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL E INERENTE AO REGIME DEMOCRÁTICO (AC 2.695-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO) – **A IMPORTÂNCIA DO CONTEÚDO ARGUMENTATIVO DO DISCURSO** FUNDADO EM CONVICÇÕES DIVERGENTES – **A LIVRE CIRCULAÇÃO DE IDEIAS COMO SIGNO IDENTIFICADOR** DAS SOCIEDADES ABERTAS, CUJA NATUREZA **NÃO SE REVELA COMPATÍVEL** COM A REPRESSÃO AO DISSENSO **E QUE ESTIMULA** A CONSTRUÇÃO DE ESPAÇOS DE LIBERDADE **EM OBSÉQUIO** AO SENTIDO DEMOCRÁTICO **QUE ANIMA** AS INSTITUIÇÕES DA REPÚBLICA (...)."*

(ADPF 187/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **Pleno**)

***Vê-se, portanto, que o direito ao dissenso, ainda que se revele no plano sensível e delicado** das convicções de caráter religioso – **desde que não** resvale, **abusivamente, quanto** ao seu exercício, **para o campo do direito penal, vindo a concretizar**, em virtude de conduta desviante, **qualquer** dos delitos contra a honra (calúnia, difamação ou injúria) –, **encontra** suporte legitimador em nosso ordenamento jurídico, **mesmo** que, de sua prática, **possam resultar** posições, opiniões ou ideias **que não reflitam** o pensamento *eventualmente prevalecente* em dado meio social **ou** que, *até mesmo*, **hostilizem severamente, por efeito** de seu conteúdo argumentativo, a **corrente majoritária** de pensamento em determinada coletividade.*

***Memoráveis, por isso mesmo, as palavras** do Justice OLIVER WENDELL HOLMES, JR. (que foi Juiz da Suprema Corte dos EUA), **no caso** "United States v. Rosika Schwimmer" (279 U.S. 644), **proferidas, em 1929**, em notável e histórico *voto vencido* (**hoje qualificado** como uma "powerful dissenting opinion"), **então** inteiramente acompanhado pelo Juiz*

Louis Brandeis, **nas quais HOLMES deixou positivado** um “*dictum*” imorredouro **fundado** na Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, **que reproduzo, a seguir, em livre tradução:**

“(...) but IF there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought – not free thought for those who agree with us BUT freedom for the thought that we hate.” (“mas, se há algum princípio da Constituição que deva ser imperiosamente observado, mais do que qualquer outro, é o princípio que consagra a liberdade de expressão do pensamento, mas não a liberdade do pensamento apenas em favor daqueles que concordam conosco, mas, sim, a liberdade do pensamento que nós próprios odiamos e repudiamos.”) (grifei)

Trata-se de fragmento histórico e retoricamente poderoso que bem define o verdadeiro sentido da proteção constitucional à liberdade de manifestação do pensamento: **GARANTIR não apenas o direito daqueles que pensam como nós, MAS, igualmente, PROTEGER o direito dos que sustentam ideias que odiamos, abominamos e, até mesmo, repudiamos!**

O pluralismo político (*que legitima a livre circulação de ideias e que, por isso mesmo, estimula a prática da tolerância*) **exprime, por tal razão, um dos fundamentos estruturantes** do Estado democrático de Direito! **É o que expressamente proclama**, em seu art. 1º, inciso V, **a própria Constituição da República.**

É importante assinalar, nesse ponto, as reflexões que BARUCH DE ESPINOSA **expôs** em seu “*Tratado Teológico-Político*” (2ª ed., 2008, Martins Fontes), “*um livro forjado no inferno*”, **segundo** um de seus críticos, **que constitui, no entanto, a despeito das inúmeras objeções contra ele feitas, um dos textos filosóficos mais relevantes e influentes** na história do pensamento ocidental, **a ponto** de a comunidade hebraica de Amsterdam havê-lo anatematizado, **impondo-lhe o “herem”**.

Com efeito, ESPINOSA, cuja vida foi **inteiramente** dedicada, *no plano filosófico*, **ao exame** da questão fundamental da liberdade humana, **jamais se despojou** de seu espírito crítico, **havendo sido punido**, pela Sinagoga Portuguesa de Amsterdam, *como salientado*, **com a sanção do “herem”**, **vale dizer**, com a exclusão da comunidade hebraica daquela cidade **por razões** que claramente se apoiavam *em lamentável juízo de intolerância*, **que considerou heréticos**, tanto o pensamento antagônico quanto as lições desse filósofo holandês, **que assinalava**, *em suas reflexões teóricas*, que a narrativa contida na Bíblia **deveria expor-se**, *como qualquer outro livro*, à crítica histórica, pelo fato, *segundo ele*, de a Bíblia constituir *“uma obra metafórico-alegórica que não pede leitura racional (...)”*.

E tudo isso porque ESPINOSA, cujo pensamento filosófico **exaltava** a liberdade individual, **especialmente** em matéria religiosa, **procedeu**, *nessa única obra publicada em vida*, à **defesa incondicional** da liberdade de expressão, **o que levou estudiosos** de suas ideias a reconhecer, em seu *“Tratado Teológico-Político”*, **que esse livro consubstanciava**, verdadeiramente, *“um elogio da tolerância e uma apologia da democracia”*.

Na **visão filosófica** de ESPINOSA, **tornava-se claro** que assuntos de teologia e questões de Estado revelavam-se matérias **que não deveriam confundir-se**, pois tinha ele, *por incontestável*, **que nem a teologia** deveria subordinar-se à razão de Estado **nem esta** ao pensamento teológico, **mesmo porque** as convicções no domínio religioso **pertencem, exclusivamente, ao plano** da razão individual **e** ao foro íntimo *de cada ser humano*, **que é, no âmbito da religião, a suprema autoridade**.

A necessária delimitação **entre a esfera religiosa**, *que concerne ao espírito*, **e o domínio secular**, *que é regido pelo Estado*, **constitui** fator, *por excelência*, da liberdade humana, **pois** – adverte ESPINOSA nessa obra escrita **em pleno século XVII** –, *“o verdadeiro fim do Estado é (...) a liberdade”* (“*op. cit.*”, cap. XX, p. 302).

Inquestionável, *desse modo*, **que o Estado** – quando busca impor o predomínio de uma dada religião **ou** quando pretende restringir os direitos de quem professa (**ou deixa** de professar) determinada fé religiosa, **instituíndo** medidas de repressão **ou** de discriminação contra aqueles que exercem as prerrogativas **inerentes** à liberdade religiosa – **revela**, *em toda a sua onipotência*, **a face intolerante** que as modernas Constituições de Estados democráticos **repudiam**, *certamente atentas a uma advertência* **que**, **atravessando** os séculos **e apoiada** no pensamento filosófico de ESPINOSA – **que põe ênfase** na questão da liberdade humana **e que exalta** a virtude da tolerância –, **reconhece** os perigos **resultantes** do extravazamento, *pela teologia*, dos limites que a circunscrevem, **projetando-a sobre domínios a ela estranhos**, **com o propósito de controle** das instituições seculares **e, por consequência, de subjugação** do espírito que anima **e alimenta** o direito inalienável de ser *essencialmente livre*.

4. A questão da confessionalidade do Estado monárquico brasileiro e o postulado republicano da laicidade estatal no Brasil como pressuposto necessário ao pleno exercício da liberdade religiosa

Sabemos todos, Senhora Presidente, **que o advento** da proclamação da República **importou em ruptura** de antiga tradição que, **oriunda** de nosso passado colonial, **prevaleceu** no Brasil **desde** o seu Descobrimento até a instauração da nova ordem política em 15 de novembro de 1889 **e que consagrava**, *entre nós*, **o catolicismo como religião oficial do Estado**.

Essa situação **prolongou-se** durante o período colonial, **como se vê** da legislação reinol **e, sobretudo**, das Ordenações do Reino (*Afonsinas, Manuelinas e Filipinas*), **subsistindo na fase** da dominação espanhola (1580/1640) **e projetando-se** até a instituição do Brasil como Reino Unido ao de Portugal e Algarves (1815).

Com a independência nacional, o Brasil manteve a sua condição de *Estado confessional*, pois a Carta Política de 25/03/1824 proclamava, em seu art. 5º, que “*A Religião Católica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto doméstico, ou particular, em casas para isso destinadas, sem forma alguma exterior de Templo*”, estabelecendo, ainda, que “*Ninguém pode ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado (...)*” (art. 179, n. V – grifei).

Com a República, no entanto, *como anteriormente assinalado*, sobreveio a ruptura preconizada pelos positivistas, cujo suporte legitimador apoiou-se no Decreto nº 119-A, de 07/01/1890, editado pelo Governo Provisório, que aprovou o projeto elaborado por Ruy Barbosa e Demetrio Nunes Ribeiro.

Em decorrência desse ato, operou-se uma rígida, formal e orgânica separação entre Igreja e Estado, afastando da jovem República brasileira a nota de confessionalidade que caracterizara, até então, o Estado no Brasil, que passou a ostentar o perfil de Estado verdadeiramente laico, como se pode ver, *p. ex.*, do Decreto nº 181, de 24/01/1890, cujo texto veio a reconhecer como juridicamente válido, de forma absolutamente inovadora, apenas o casamento civil.

Vê-se, portanto, que é na República que se situa o marco histórico-temporal consagrador do princípio básico da laicidade estatal, de cuja incidência derivam, pelo menos, três consequências de fundamental importância: (a) a separação orgânica entre Igreja e Estado, a propiciar uma nítida linha divisória entre a esfera secular ou temporal, de um lado, e o domínio espiritual, de outro; (b) a neutralidade axiológica do Estado em matéria confessional, a significar que o Poder Público não tem preferência nem aversão a qualquer denominação religiosa; e (c) o respeito incondicional à liberdade religiosa, cuja prática não pode sofrer interferência do aparelho de Estado, seja para favorecer aquele que a

exerce **ou** aquele que opta por não professar religião alguma, **seja**, ainda, para prejudicá-los.

Ninguém desconhece que o caráter confessional do Estado monárquico brasileiro, com seus consectários de ordem institucional, **como o direito de Padroado, o beneplácito régio e o recurso à Coroa, culminaria por tornar inevitáveis os conflitos** entre a Igreja Católica Romana e o Trono Imperial, **como sucedeu** no contexto da conhecida *Questão Religiosa ou Questão Episcopo-Maçônica* (1872-1875), **sem se falar**, como relembra JOÃO CAMILLO DE OLIVEIRA TÔRRES (“*A Democracia Coroada*”, p. 403, 2ª ed., 1964, Vozes), **da supressão** do noviciado nas Ordens Religiosas e **das tentativas cismáticas e das propostas regalistas** do Padre Diogo Antônio Feijó, **que sustentava a legitimidade da interferência do poder civil em assuntos eclesiásticos**, tanto que tal comportamento político deu origem, no Período Regencial, **notadamente** entre 1831 e 1834, **à crise da Questão Clerical, que consistiu na proposta de abolição do celibato sacerdotal**.

Na base desses conflitos **estava a tentativa de submeter, ao poder secular do Estado, o exercício** dos direitos eclesiásticos **titularizados** pela Igreja Romana. **Esse fato vem corroborado** em cartas particulares **dirigidas** por Bispos diocesanos ao Imperador, **nas quais são relatadas “ingerências descabidas de autoridades civis na vida eclesiástica”, sempre com o objetivo de subordinar** a Igreja ao Estado, **tanto que houve tentativas, como aquela empreendida** por Bernardo Pereira de Vasconcelos, “em seus dias veementes de líder opositor no Primeiro Reinado”, **de instituir** no Estado monárquico brasileiro, uma Igreja **estruturada** segundo as concepções **regalistas** de poder, **em clara demonstração** de “nacionalismo religioso”.

Esse quadro histórico **revela-nos a alta inconveniência de adotar-se** determinada religião **como sendo** a religião de um particular Estado nacional. **É que a confessionalidade** do Estado **acaba por suprimir** a independência necessária de que deve gozar a Igreja, *qualquer que seja a*

denominação religiosa que ela represente. **Quando Campos Salles**, em sua condição de Presidente-eleito do Brasil, **visitou** a Santa Sé, **em agosto de 1898**, **manteve encontro formal** com o Papa Leão XIII. **Conforme relata** TOBIAS MONTEIRO (“O Presidente Campos Salles na Europa”, p. 144, Itatiaia/EDUSP), o Romano Pontífice, **dirigindo-se** a Campos Salles, “encareceu as vantagens por ela [Igreja Católica] conquistadas entre nós **depois da Proclamação da República**”, **em uma clara** (e diplomática) **referência ao grave conflito** que irrompera, **havia pouco mais de um quarto de século**, **entre** o Império do Brasil **e** a Igreja Católica Apostólica Romana.

Torna-se importante reconhecer, *bem por isso*, **a essencial necessidade** de se estabelecerem espaços de independente atuação, **sem** recíprocas interferências, **entre** a Igreja **e** o Estado, **criando-se** o que Thomas Jefferson, **já Presidente** dos Estados Unidos da América, **em carta dirigida** à Congregação da Igreja Batista, em Danbury, no Estado de Connecticut, em 01 de janeiro de 1802, **denominara** “*a wall of separation between Church and State*”, **demonstrando**, *assim*, a nítida percepção **de que a separação formal** (e efetiva) **entre Igreja e Estado constitui pressuposto necessário** à realização de um duplo e fundamental objetivo: *de um lado*, **impedir** que o poder do Estado venha a interferir no direito ao livre exercício dos cultos religiosos, **quaisquer que sejam**, **transgredindo**, *desse modo*, **a prática** da liberdade religiosa; **e**, *de outro*, **obstar** que grupos religiosos, **inclusive facções** fundamentalistas, **intervindo** no desempenho das funções governamentais, **venham a apropriar-se** do aparelho estatal, **submetendo-o** aos desígnios de uma dada confissão religiosa.

Quando os Fundadores da República, no Brasil, **conceberam** essa forma de Governo, **preocuparam-se**, *desde logo*, **ao viabilizarem** as novas conquistas **e** avanços, **em implementar a separação institucional entre Igreja e Estado** (Decreto nº 119-A/1890), **que se consolidou**, *em momento posterior*, **com a promulgação** da Constituição republicana de 1891, **que veio a consagrar**, *de maneira bastante expressiva*, **o princípio da laicidade estatal**.

Cabe advertir, no entanto, que a fórmula constitucional da laicidade do Estado não significa que o Estado republicano brasileiro tornou-se um Estado ateu, nem sequer anticlerical, valendo lembrar, no ponto, a correta observação de JOÃO CAMILLO DE OLIVEIRA TÔRRES (“A Democracia Coroada”, p. 405, 2ª ed., 1964, Vozes), **para quem** “A Constituição de 1891 escapou de ser nitidamente anticlerical, para ser, apenas, laica. Tolerava-se, mas não se combatia frontalmente a religião”.

Na realidade, esse mesmo autor **reconhece** como um dos efeitos positivos **resultantes** da separação formal entre a Igreja e o Estado a emancipação da instituição religiosa **em face** do Poder Público, **pois**, “se a Igreja foi despojada de tudo, ficou, ao mesmo tempo, livre dos empecilhos que a dependência do poder temporal acarreta” (“*op. loc. cit.*”).

5. A Constituição de 1934 e as relações entre Estado e Igreja: uma solução de compromisso

Essa rígida separação – existente **sob a égide** da Constituição de 1891 (que determinava, em seu art. 72, § 6º, fosse “leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos”) – **sofreu significativo abrandamento motivado** por pressão da Igreja Católica, **que obteve solução de compromisso consubstanciada em verdadeira fórmula transacional acolhida e formalmente positivada** pela Constituição republicana de 1934, que, **entre as várias aproximações estabelecidas entre Igreja e Estado, contemplou**, em seu art. 153, **a possibilidade** do ensino religioso, de frequência facultativa, **ministrado segundo** os princípios da confissão religiosa do aluno, nas escolas públicas primárias, secundárias, normais e profissionais, **tanto quanto** conferiu eficácia jurídico-civil ao “casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa (...)” (CF/1891, art. 146).

Daí a observação feita pelo Padre JOSÉ SCAMPINI (“A Liberdade Religiosa nas Constituições Brasileiras”, “in” Revista de Informação

Legislativa, vol. 11, n. 43/165-166, Ano XI, jul/set 1974) **a propósito das relações** entre Estado e Igreja **sob a égide** da Constituição republicana de 1934:

“(...) Durante o império, a religião católica foi a religião do Estado. Com o advento do regime republicano, houve a completa separação dos dois poderes. Decretou-se, desta forma, a laicidade do Estado sob a influência da maçonaria e das idéias republicanas da época.

.....
Proclamava-se, então, a completa separação da Igreja e do Estado; entre os dois poderes não haveria, de agora em diante, relações de dependência ou aliança.

A 2ª Constituição Republicana, de 1934, mantém integralmente esses dispositivos, não só quanto às subvenções oficiais como, também, quanto às relações de dependência ou aliança entre os dois poderes, espiritual e temporal.

No momento atual, a ideologia revolucionária de 1930 traçava novas diretrizes político-sociais, mais de acordo com a mentalidade do Povo Brasileiro, cujas aspirações foram sacrificadas pela Constituição de 1891 nas questões concernentes à consciência religiosa. Procurava-se estabelecer um ‘modus vivendi’ entre esses dois poderes, ‘modus vivendi’ que, embora não implicando aliança da Igreja com o Estado, admitisse, entretanto, a colaboração recíproca em vista dos interesses coletivos.

Os Deputados católicos insistiam nos vários debates, afirmando que não se tratava de pleitear o reconhecimento da Igreja Católica como Igreja oficial ou Igreja do Estado. Pediam eles a completa separação e independência da Igreja do Estado, a igualdade jurídica de todas as igrejas e cultos e a colaboração de todos os credos nos serviços públicos. Em particular, pugnavam pela reivindicação desses princípios: a ministração do ensino religioso nas escolas, a assistência religiosa nos hospitais, nas penitenciárias e às classes armadas, em identidade, porém, de condições para todos e para todas as religiões, independentemente de seus credos.

Todos, pois, concordavam em não ser possível ao Estado prescindir da colaboração religiosa. (...).” (grifei)

Tratando-se do ensino religioso nas escolas públicas, essa possibilidade, com alterações pontuais, foi mantida pela Carta Política de 1937 (art. 133, sem referência, contudo, à confissão religiosa do aluno), pela Constituição de 1946 (art. 168, inciso V, com menção à preferência confessional do aluno), pela Carta de 1967 (art. 168, § 3º, inciso IV, sem alusão aos princípios da confissão religiosa do aluno), pela Carta de 1969 (art. 176, § 3º, V, com redação idêntica à Carta Federal de 1967), e, finalmente, pela Constituição de 1988, cujo art. 210, § 1º, dispõe que “O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental”.

6. A separação formal entre Igreja e Estado, consequência natural do princípio da laicidade estatal, qualifica-se como condição essencial à prática da liberdade religiosa

A consagração constitucional do Estado laico traduz decisivo fator para o exercício da liberdade religiosa, que representa, no quadro das liberdades fundamentais, projeção concretizadora do direito à livre manifestação de ideias e de convicções.

A importância da laicidade do Estado e a indispensabilidade de sua neutralidade axiológica em relação a qualquer denominação confessional foram bem destacadas por THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI (“A Constituição Federal Comentada”, vol. IV/102-104, 3ª ed., 1959, José Konfino):

“(...) a laicidade absoluta é uma forma de intervenção do Estado nas consciências, porque contribui para a formação do espírito leigo, hostil a qualquer manifestação de natureza religiosa. (...) Em matéria religiosa o Estado deve ser neutro. Nada

*justifica sua intervenção, **nem no sentido** da religião oficial, **nem da laicidade absoluta**, porque são ambas formas extremas. **Ambas são processos de intervenção. O Estado leigo não é o Estado anticlerical**, mas o que respeita a crença e a religiosidade dos que nele vivem. (...).” (grifei)*

A solução de consenso *que prevaleceu* em 1934 **ainda subsiste**, de certo modo, **sob a égide da vigente** Constituição republicana, que, **embora mantendo** – *como se impõe* – **a separação formal** entre Igreja e Estado (CF, art. 19, I), **não se revela anticlerical nem hostil** a qualquer denominação religiosa, **pois consagra** a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença (CF, art. 5º, VI), **garante** o livre exercício dos cultos religiosos (CF, art. 5º, VI), **assegura** a proteção aos locais de culto e às práticas litúrgicas (CF, art. 5º, VI), **estabelece** que ninguém será privado de seus direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, **salvo se as invocar** para eximir-se de obrigação legal a todos imposta (CF, art. 5º, VIII), **impede** que aquele que alega objeção de consciência sofra privação de sua cidadania, **desde que desempenhe prestação civil alternativa** (CF, art. 143, § 1º), **concede** imunidade tributária aos templos de qualquer culto, **assim neutralizando** eventual tentativa do Poder Público de valer-se, **mediante** manipulação de sua competência impositiva, **de medidas que impliquem censura fiscal lesiva à liberdade religiosa** (CF, art. 150, VI, “b”), **permite** a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares *de internação coletiva* (CF, art. 5º, VII) e **atribui** eficácia jurídico-civil ao casamento religioso (CF, art. 226, § 2º).

Uma das dimensões em que se projeta *o princípio da laicidade* estatal reside na observância, pelo Poder Público, **de seu dever de neutralidade axiológica em matéria confessional**, **a significar** que o Estado **não pode** estabelecer **ou** subvencionar cultos religiosos, **ou, ainda, embaraçar-lhes** o exercício, **como igualmente não pode nem deve manifestar** preferência **ou revelar** repulsa a qualquer organização ou denominação religiosa.

O saudoso Ministro HAHNEMANN GUIMARÃES, ao proferir voto vencido nesta Suprema Corte em 17/11/1949, no julgamento do MS 1.114/DF, Rel. Min. LAFAYETTE DE ANDRADA, no qual se discutiu a legitimidade constitucional de intervenção do Presidente da República nas práticas litúrgicas da cismática Igreja Católica Apostólica Brasileira, após repudiar a possibilidade de ingerência da autoridade civil na esfera de celebração religiosa de determinada organização confessional, impondo-lhe indevidas restrições quanto à utilização de vestimentas, de manifestações externas e de celebrações rituais, deixou consignadas, em seu magistral pronunciamento, algumas advertências que cumpre não ignorar:

“(...) parece-me que o poder civil, o poder temporal, infringiu, frontalmente, o princípio básico de toda a política republicana, que é a liberdade de crença, da qual decorreu, como conseqüência lógica e necessária, a separação da Igreja e do Estado.

Reclamada essa separação pela liberdade de crença, dela resultou, necessariamente, a liberdade de exercício de culto.

Devemos estes grandes princípios à obra benemérita de Demétrio Ribeiro, de cujo projeto surgiu, em 7 de janeiro de 1890, o sempre memorável ato que separou, no Brasil, a Igreja do Estado.

É de se salientar, aliás, que a situação da Igreja Católica Apostólica Romana, separada do Estado, se tornou muito melhor. Cresceu ela, ganhou prestígio, graças à emancipação do regalismo que a subjugava durante o Império. Foi durante o Império que se proibiu a entrada de noviços nas ordens religiosas; foi durante o Império que se verificou a luta entre maçons e católicos, de que resultou a deplorável prisão dos Bispos D. Vital Maria Gonçalves de Oliveira e D. Macedo Costa, bispos de Olinda e do Pará; foi durante o Império que prevaleceu a legislação de mão morta.

Com a República, o prestígio da Igreja Católica cresceu, como todos reconhecemos.

Deve-se (...) atribuir, como glória da Igreja Católica Apostólica Romana, o ter-se ela batido pela separação da Igreja

do Estado, o princípio civil da separação da Igreja do Estado. O princípio civil da separação da Igreja do Estado foi o princípio que a Igreja Católica defendeu nos seus começos, talvez contrariado na teocracia católico-feudal da Idade Média. Mas não há dúvida em que a separação da Igreja e do Estado, pela qual se bateu a própria Igreja Católica, e que é a base política republicana, só concorreu para que ela crescesse de prestígio.

.....
Proíbe, em conseqüente, a Constituição que o poder temporal embarace o exercício de qualquer culto religioso. (...).

.....
É este princípio fundamental da política republicana, este princípio da liberdade de crenças, que reclama a separação da Igreja do Estado e que importa, necessariamente na liberdade do exercício do culto; (...)." (grifei)

Todos sabemos que a laicidade traduz, desde 1890, um postulado essencial da organização institucional do Estado brasileiro, representando, nesse contexto, uma decisão política fundamental adotada pelos Fundadores da República, cuja opção – consideradas as circunstâncias históricas então presentes – teve em perspectiva, como anteriormente já referido, a desgastante experiência proporcionada pela Carta Política do Império do Brasil, notadamente aquela resultante do gravíssimo conflito que se instaurou entre o Estado monárquico brasileiro e a Igreja Católica Romana, a conhecida Questão Religiosa ou controvérsia episcopal-maçônica (1872-1875), que opôs o trono imperial ao altar católico.

7. Neutralidade axiológica do Estado em matéria confessional e o exercício da liberdade religiosa

A laicidade do Estado, enquanto princípio fundamental da ordem constitucional brasileira, que impõe a separação entre Igreja e Estado, não só reconhece, a todos, a liberdade de religião (consistente no direito de professar ou de não professar qualquer confissão religiosa), como assegura

*absoluta igualdade dos cidadãos **em matéria** de crença, **garantindo**, ainda, às pessoas plena liberdade de consciência e de culto.*

O conteúdo material da liberdade religiosa – **que se qualifica como direito fundamental do indivíduo – compreende**, na abrangência de seu significado, entre outras prerrogativas essenciais, **a liberdade** de crença (que traduz uma das projeções da liberdade de consciência), **a liberdade** de culto, **a liberdade** de organização religiosa, **a liberdade** de fazer proselitismo, **a liberdade** de não aderir a religião alguma, **a liberdade** de alterar suas preferências confessionais, **a liberdade** de não sofrer qualquer restrição de ordem jurídica em virtude de suas convicções religiosas **e a liberdade** de ver-se respeitado, em sua esfera de autonomia pessoal, pelo Poder Público, quanto às opções religiosas que fizer, **valores esses** que representam elementos necessários à **própria** configuração da ideia de democracia, **cuja noção se alimenta**, continuamente, **do respeito ao pluralismo**.

Torna-se importante registrar, no ponto, **o tratamento normativo**, inquestionavelmente liberal, que Portugal **dispensou à liberdade religiosa**, como se vê da **Lei nº 16**, de 22/06/2001, que, **ao assegurar, em plenitude, o exercício** dos direitos individuais e coletivos **em matéria confessional**, definiu, em caráter não taxativo, **o conteúdo** da liberdade religiosa, distinguindo, sob tal perspectiva, **entre o conteúdo positivo e o conteúdo negativo** dessa fundamental prerrogativa de ordem jurídico-constitucional **garantida a todos** os cidadãos, **sem** exceção.

Esse diploma legislativo, ao enunciar, em bases meramente exemplificativas, **o conteúdo positivo** da liberdade religiosa, **assim dispôs**:

“Artigo 8º

Conteúdo da liberdade de consciência, de religião e de culto

A liberdade de consciência, de religião e de culto compreende o direito de:

- a) Ter, não ter e deixar de ter religião;*
- b) Escolher livremente, mudar ou abandonar a própria crença religiosa;*
- c) Praticar ou não praticar os actos do culto, particular ou público, próprios da religião professada;*
- d) Professar a própria crença religiosa, procurar para ela novos crentes, exprimir e divulgar livremente, pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, o seu pensamento em matéria religiosa;*
- e) Informar e se informar sobre religião, aprender e ensinar religião;*
- f) Reunir-se, manifestar-se e associar-se com outros de acordo com as próprias convicções em matéria religiosa, sem outros limites além dos previstos nos artigos 45º e 46º da Constituição;*
- g) Agir ou não agir em conformidade com as normas da religião professada, no respeito pelos direitos humanos e pela lei;*
- h) Escolher para os filhos os nomes próprios da onomástica religiosa da religião professada;*
- i) Produzir obras científicas, literárias e artísticas em matéria de religião.” (grifei)*

De outro lado, o conteúdo negativo da liberdade religiosa, **tal como delineado** por referida legislação, **compreende** importantes restrições estabelecidas **em favor** da pessoa, **em ordem a protegê-la contra indevidas interferências** na esfera íntima de sua própria individualidade:

“Artigo 9º

Conteúdo negativo da liberdade religiosa

1 – Ninguém pode:

a) Ser obrigado a professar uma crença religiosa, a praticar ou a assistir a actos de culto, a receber assistência religiosa ou propaganda em matéria religiosa;

b) Ser coagido a fazer parte, a permanecer ou a sair de associação religiosa, igreja ou comunidade religiosa, sem prejuízo das respectivas normas sobre a filiação e a exclusão de membros;

c) Ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder;

d) Ser obrigado a prestar juramento religioso.” (grifei)

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

O fato irrecusável é que, **nesta** República laica, **fundada** em bases democráticas, **o Direito não se submete** à religião, **e** as autoridades incumbidas de aplicá-lo **devem despojar-se de pré-compreensões** em

matéria confessional, **em ordem a não fazer repercutir**, sobre o processo de poder, **quando** no exercício de suas funções (**qualquer** que seja o domínio de sua incidência), **as suas próprias** convicções religiosas.

Vale referir, bem por isso, **o preciso magistério** de DANIEL SARMENTO (“Legalização do Aborto e Constituição”, “in” “Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos”, p. 03/51, p. 26/27, 2007, Lumen Juris):

“A Constituição de 88 não se limitou a proclamar, como direito fundamental, a liberdade de religião (art. 5º, inciso VI). Ela foi além, consagrando, no seu art. 19, inciso I, o princípio da laicidade do Estado, que impõe aos poderes públicos uma posição de absoluta neutralidade em relação às diversas concepções religiosas. (...).

A laicidade do Estado, levada a sério, não se esgota na vedação de adoção explícita pelo governo de determinada religião, nem tampouco na proibição de apoio ou privilégio público a qualquer confissão. Ela vai além, e envolve a pretensão republicana de delimitar espaços próprios e inconfundíveis para o poder político e para a fé. No Estado laico, a fé é questão privada. Já o poder político, exercido pelo Estado na esfera pública, deve basear-se em razões igualmente públicas – ou seja, em razões cuja possibilidade de aceitação pelo público em geral independa de convicções religiosas ou metafísicas particulares. A laicidade do Estado não se compadece com o exercício da autoridade pública com fundamento em dogmas de fé – ainda que professados pela religião majoritária –, pois ela impõe aos poderes estatais uma postura de imparcialidade e equidistância em relação às diferentes crenças religiosas, cosmovisões e concepções morais que lhes são subjacentes.

Com efeito, uma das características essenciais das sociedades contemporâneas é o pluralismo. Dentro de um mesmo Estado, existem pessoas que abraçam religiões diferentes – ou que não adotam nenhuma –; que professam ideologias distintas; que têm concepções morais filosóficas díspares ou até antagônicas. E,

hoje, entende-se que o Estado deve respeitar estas escolhas e orientações de vida, não lhe sendo permitido usar do seu aparato repressivo, nem mesmo do seu poder simbólico, para coagir o cidadão a adequar sua conduta às concepções hegemônicas na sociedade, nem tampouco para estigmatizar os 'outsiders'.

Como expressou a Corte Constitucional alemã, na decisão em que considerou inconstitucional a colocação de crucifixos em salas de aula de escolas públicas, 'um Estado no qual membros de várias ou até conflituosas convicções religiosas ou ideológicas devam viver juntos só pode garantir a coexistência pacífica se se mantiver neutro em matéria de crença religiosa (...). A força numérica ou importância social da comunidade religiosa não tem qualquer relevância.'

(...) O princípio majoritário (...) não é outra coisa senão a transplantação para o cenário político-institucional da idéia de intrínseca igualdade entre os indivíduos. Mas as pessoas só são tratadas como iguais quando o Estado demonstra por elas o mesmo respeito e consideração. E não há respeito e consideração quando se busca impingir determinado comportamento ao cidadão não por razões públicas, que ele possa aceitar através de um juízo racional, mas por motivações ligadas a alguma doutrina religiosa ou filosófica com a qual ele não comungue nem tenha de comungar." (grifei)

Em matéria confessional, portanto, o Estado brasileiro há de manter-se em posição de estrita neutralidade axiológica, em ordem a preservar, em favor dos cidadãos, a integridade do seu direito fundamental à liberdade religiosa.

8. O Estado laico não tem nem pode ter preferências de ordem confessional e não pode interferir na esfera das escolhas religiosas

Não podemos ignorar que as liberdades públicas do pensamento são prerrogativas constitucionais essenciais, cujo respeito efetivo, por parte do Estado e de seus agentes, qualifica-se como pressuposto necessário à própria legitimação substancial do regime democrático. A

livre expressão e divulgação de ideias não deve ser impedida pelo Estado, especialmente se se considerar que o pluralismo de ideias, enquanto fundamento desta República, revela-se subjacente à própria concepção do Estado democrático de direito, consoante prescreve o art. 1º da Constituição do Brasil.

Na verdade, a nossa Lei Fundamental proclama – em norma plenamente compatível com a natureza democrática do regime político que hoje caracteriza o Estado brasileiro – a liberdade de manifestação do pensamento, assegurando, em consequência, a livre expressão e transmissão de ideias, inclusive aquelas de caráter religioso ou as de índole não-confessional, sem a possibilidade de qualquer interferência prévia do aparelho estatal, seja para favorecer, seja para coarctar o exercício da liberdade religiosa.

O Estado não tem – nem pode ter – interesses confessionais. Ao Estado é indiferente o conteúdo das ideias religiosas que eventualmente venham a circular e a ser pregadas por qualquer grupo confessional, mesmo porque não é lícito ao Poder Público interdita-las ou censurá-las, sem incorrer, caso assim venha a agir, em inaceitável interferência em domínio naturalmente estranho às atividades estatais.

É por essa razão, Senhora Presidente, que cabe destacar a relevantíssima circunstância de que, no contexto de uma sociedade fundada em bases democráticas, torna-se imperioso reconhecer que temas de caráter teológico ou concepções de índole filosófica – que busquem atribuir densidade teórica a ideias propagadas pelos seguidores de qualquer fé religiosa – estão, necessariamente, fora do alcance do poder censório do Estado, sob pena de gravíssima frustração e aniquilação da liberdade constitucional de crença e de disseminação (sempre legítima) das mensagens inerentes às doutrinas confessionais em geral.

Relembro, neste ponto, o que disse logo no início deste voto: a separação constitucional entre Estado e Igreja, além de impedir que o Poder Público tenha preferência ou guarde hostilidade em relação a qualquer denominação religiosa, objetiva resguardar 2 (duas) posições que se revestem de absoluta importância: (1) assegurar, de um lado, aos cidadãos, a liberdade religiosa e a prática de seu exercício, e (2) obstar, de outro, que grupos fundamentalistas se apropriem do aparelho de Estado, para, com apoio em convicções ou em razões de ordem confessional, impor aos demais cidadãos a observância de princípios teológicos e de diretrizes religiosas.

Daí porque esta Suprema Corte não pode resolver qualquer controvérsia, como a que ora se examina, sob uma perspectiva de índole confessional, tal como acertadamente assinalou o eminente Relator da causa.

O único critério a ser utilizado, portanto, na solução da controvérsia ora em exame é aquele que se fundamenta no texto da Constituição e das leis da República e que se revela informado por razões de ordem eminentemente social e de natureza pública.

Note-se, por necessário, que este Supremo Tribunal Federal deve sustentar o seu julgamento em razões eminentemente não religiosas, considerada a realidade de que o Estado brasileiro, fundado no pluralismo de ideias e apoiado em bases democráticas, qualifica-se como uma República essencialmente laica e não confessional, para que não se repita, *uma vez mais*, o gravíssimo erro histórico em que incidiu, em 1633, o Tribunal do Santo Ofício, que constrangeu Galileu Galilei ("*eppur si muove!*"), sob pena de condenação à morte na fogueira, a repudiar as suas afirmações (cientificamente corretas) a propósito do sistema heliocêntrico, reputadas incompatíveis com a Bíblia pelas autoridades e teólogos da Igreja de Roma.

9. A não confessionalidade do ensino religioso na escola pública

É **certo** que o ensino religioso nas escolas públicas, **tal como o demonstrou** o eminente Relator em seu magnífico voto, **não** pode **nem** deve ser confessional (ou interconfessional), **pois a não confessionalidade** do ensino público **traduz** consequência necessária do postulado, *inscrito em nossa vigente Constituição*, da laicidade do Estado republicano brasileiro.

PONTES DE MIRANDA, **ao comentar** a Constituição de 1934 (“Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil”, tomo II/410, Editora Guanabara), **não obstante** a possibilidade, *nela autorizada*, de ministração do ensino religioso **em conformidade** com os princípios da confissão religiosa de aluno, **observava**, *contudo*, que “*A escola leiga (...) constitui medida de neutralidade do Estado*”.

Na verdade, a **não confessionalidade** do ensino religioso na escola pública **traduz**, *sob perspectiva constitucional*, **fator obstativo** da ministração de aulas **em conformidade** com princípios doutrinários *de uma ou de algumas* instituições religiosas, **assim como proíbe que a escola pública atue como aparelho ideológico ou agente fomentador de determinada confissão religiosa**, **pois não compete** ao Estado, *que há de observar estrita neutralidade nesse domínio*, **exercer** atividade de difusão de ideias ou de apoio a crenças religiosas, *quaisquer que estas sejam*.

A análise comparativa entre o que estabelece a **vigente** Constituição de 1988 (art. 210, § 1º) e o que prescrevia a Constituição de 1946 (art. 168, V) **torna evidente o sentido de não confessionalidade acolhido** pela Lei Fundamental **que presentemente nos rege** a vida político-institucional.

Com efeito, **enquanto** a Constituição Federal de 1946 **autorizava** que o ensino religioso, na escola pública, **fosse** “*ministrado de acordo com a confissão religiosa do aluno, manifestada por ele, se for capaz, ou pelo seu*

representante legal ou responsável” (art. 168, V), **reproduzindo**, no ponto, **o mesmo** conteúdo constante da Carta Política de 1934 (art. 153), **o presente** estatuto constitucional, **afastando a possibilidade** de regência e direcionamento do ensino religioso *segundo a preferência confessional do aluno*, **limita-se a dispor** que “o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental” (art. 210, § 1º).

Em uma palavra, o postulado da separação formal entre Igreja e Estado **não permite** que o Poder Público, **tratando-se** de escolas oficiais, **culmine por assumir**, *caso se revelasse lícito reconhecer a possibilidade de ensino confessional*, **a condição de instrumento de propagação de ideias religiosas ou de meio executivo no processo de formação religiosa** dos alunos nas escolas públicas do ensino fundamental.

É por isso que o Conselheiro VITAL MOREIRA, **em declaração de voto** que proferiu no Tribunal Constitucional português, **em julgamento consubstanciado no Acórdão** nº 423/87, *de que foi Relator o Conselheiro MONTEIRO DINIS*, **advertiu**, com inteira procedência, **que o ensino de religião não constitui tarefa pública nem encargo da escola ou do Estado**, **concluindo** “(...) *que os princípios da separação entre o Estado e as igrejas, da não confessionalidade do ensino público, da pluralidade e igualdade das igrejas e da liberdade religiosa individual formam um conjunto essencial do constitucionalismo democrático-republicano reafirmado na CRP de 1976 (...)*” (grifei).

10. *A Constituição da República nada mais é do que a sua própria interpretação: a questão do divórcio entre a “mens legis” e a “mens legislatoris”*

Sustentou-se, na tribuna desta Corte, na palavra de um ilustre Advogado **que compôs e participou** da Assembleia Nacional Constituinte,

de que emanou a vigente Lei Fundamental de nosso País, que a intenção dos constituintes – conforme por ele expressamente salientado – foi a de viabilizar o ensino religioso de conteúdo confessional, considerado o fato de que a deliberação que aprovou a referência a Deus no preâmbulo da Constituição resultou da votação favorável de 487 votos a 13, com 07 abstenções.

É preciso advertir, neste ponto, que a “mens legislatoris” representa fator secundário no processo hermenêutico, pois, neste, o que se mostra relevante é a indagação em torno da “mens legis”, vale dizer, a definição exegética do sentido que resulta, objetivamente, do texto da lei (ou da Constituição).

Ninguém ignora que a lei nada mais é do que a sua própria interpretação, **consoante tem proclamado** a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“A INTERPRETAÇÃO DO ORDENAMENTO POSITIVO NÃO SE CONFUNDE COM O PROCESSO DE PRODUÇÃO NORMATIVA.

– O ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, notadamente quando a exegese das leis e da Constituição emanar do Poder Judiciário, cujos pronunciamentos qualificam-se pela nota da definitividade.

*A interpretação, qualquer que seja o método hermenêutico utilizado, tem por objetivo definir o sentido e esclarecer o alcance de determinado preceito inscrito no ordenamento positivo do Estado, não se confundindo, por isso mesmo, com o ato estatal de produção normativa. Em uma palavra: o exercício de interpretação da Constituição e dos textos legais – por caracterizar atividade típica dos Juízes e Tribunais – não importa em usurpação das atribuições normativas dos demais Poderes da República. **Precedente.**”*

(RE 258.088-AgR/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Daí a precedente advertência que GERALDO ATALIBA *faz em lapidar magistério* (“Revisão Constitucional”, “in” Revista de Informação Legislativa, vol. 110/87-90, 87):

“Em primeiro lugar, o jurista sabe que a eventual intenção do legislador nada vale (ou não vale nada) para a interpretação jurídica. A Constituição não é o que os constituintes quiseram fazer; é muito mais que isso: é o que eles fizeram. A lei é mais sábia que o legislador. Como pauta objetiva de comportamento, a lei é o que nela está escrito (e a Constituição é lei, a lei das leis, a lei máxima e suprema). Se um grupo maior ou menor de legisladores quis isto ou aquilo, é irrelevante, para fins de interpretação. Importa somente o que foi efetivamente feito pela maioria e que se traduziu na redação final do texto, entendido sistematicamente (no seu conjunto, como um todo solidário e incindível).

.....
(...) O que o jurista investiga é só a vontade da lei (...).”
(grifei)

Em suma: a lei **vale** por aquilo que nela se contém e que decorre, **objetivamente**, do discurso normativo nela consubstanciado, **e não** pelo que, *no texto legal*, **pretendeu incluir** o legislador, **pois, em havendo divórcio entre o que estabelece** o diploma legislativo (“mens legis”) e **o que neste buscava instituir** o seu autor (“mens legislatoris”), **deve prevalecer a vontade objetiva da lei, perdendo em relevo, sob tal perspectiva, a indagação histórica** em torno *da intenção pessoal* do legislador.

Esse entendimento – *que proclama a prevalência da vontade objetiva da lei sobre a intenção do legislador* – **reflete-se** em preciso magistério doutrinário, **como resulta claro das lições** de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO (“O Direito – Introdução e Teoria Geral”, p. 414, item n. 228, 2ª ed., 2001, Renovar), de CARLOS MAXIMILIANO (“Hermenêutica e Aplicação do Direito”, p. 23/25, itens ns. 32, 33 e 35, 19ª ed., Forense) e de PONTES DE MIRANDA (“Comentários à Constituição de 1946”, tomo VI/478-479, 3ª ed., 1960, Borsoi), *entre outros*.

Em igual sentido, **firmou-se a jurisprudência** dos Tribunais, **como o evidenciam** as seguintes decisões:

“(...) o que vale verificar é a mens legis e não a vontade, a mente do legislador, de que a lei se desprende para adquirir conteúdo próprio.

Nenhuma dúvida, por outro lado, em que a lei reside na parte do mandamento do legislador e não na em que se expõem considerações e motivações.

Estas apenas valem, relativamente, para a inteligência da lei, do texto que encerra a ordem, a regra de conduta.

Valem apenas relativamente porque interpretar a lei não é indagar a vontade subjetiva do legislador, sendo o significado real e objetivo da norma (...).”

(RE 2.010/DF, Rel. Min. OROSIMBO NONATO – grifei)

“Na interpretação da lei prevalece a ‘mens legis’ sobre a ‘mens legislatoris’.”

(RT 305/964, Rel. Min. AGUIAR DIAS – grifei)

Se assim é, torna-se incensurável a exegese veiculada no voto do eminente Relator, **notadamente** no ponto em que, **afastada a intenção do legislador constituinte** (“mens legislatoris”), **pôs em relevo** o próprio discurso normativo **objetivamente consubstanciado** nos preceitos constitucionais **fundados** no art. 19, inciso I, e no art. 210, § 1º, de nossa Carta Política.

11. A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado democrático de direito: a proteção das minorias, inclusive das minorias religiosas, analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional

Cabe também examinar, Senhora Presidente, **tema** que, **intimamente associado** ao presente debate constitucional, **concerne** ao **relevantíssimo**

papel **que incumbe** ao Supremo Tribunal Federal desempenhar **no plano** da *jurisdição das liberdades*: **o de órgão investido** do poder e da responsabilidade institucional **de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou, ainda, contra** omissões que, **imputáveis aos grupos majoritários, tornem-se lesivas, em face** da inércia do Estado, **aos direitos** daqueles **que sofrem** os efeitos perversos da intolerância, da discriminação e da exclusão jurídica.

Põe-se em relevo, portanto, neste ponto, **a função contramajoritária** do Poder Judiciário, *em particular a do Supremo Tribunal Federal*, no Estado Democrático de Direito.

O fato de o Catolicismo **constituir, hoje, a religião preponderante** no Estado brasileiro **não autoriza** que se produza, em nosso País, *um quadro de submissão* de grupos confessionais **minoritários** à vontade hegemônica da maioria religiosa, **o que comprometeria, gravemente, o postulado** da laicidade do Estado **e de todos** os seus demais conseqüências, **pois, ninguém o ignora**, o regime democrático **não** tolera **nem** admite a opressão *de qualquer minoria*, **inclusive a religiosa**, por grupos confessionais **majoritários**.

É evidente *que o princípio majoritário desempenha* importante papel no processo decisório **que se desenvolve** no âmbito das instâncias governamentais, **mas não pode legitimar, na perspectiva de uma concepção material** de democracia constitucional, **a supressão, a frustração e a aniquilação** de direitos fundamentais, **como** o livre exercício da igualdade e da liberdade, **inclusive** da liberdade de consciência e de culto, **sob pena** de descaracterização **da própria essência** que qualifica o Estado democrático de direito.

Se se entendesse possível o ensino religioso de conteúdo confessional (ou interconfessional), **notadamente** aquele fundado na doutrina das instituições religiosas **preponderantes** em nosso País, **esta Suprema Corte marginalizaria e diminuiria** o papel social dos

indivíduos **que professam** fé religiosa *diversa* **ou** **que simplesmente não professam** *religião alguma*, **retirando-lhes** a condição de igualdade **em face** dos que pertencem *aos grupos confessionais hegemônicos*.

O Estado brasileiro não pode legitimar tratamentos diferenciados que estabeleçam distinções entre pessoas **com base** em suas convicções religiosas, **pois, em face dos estatutos que regem esta República laica, mostram-se irrelevantes, sob estrita perspectiva de ordem constitucional, as opiniões religiosas** que sustentem *esta ou aquela* preferência confessional **ou, até mesmo, que se mostrem alheias a qualquer** tendência de índole religiosa.

O pensamento religioso, ainda que ostente caráter hegemônico no seio da coletividade, não está acima da Constituição e das leis da República, **pois** o Estado laico **não** privilegia – **assim como não** persegue **nem** restringe – **qualquer** manifestação de religiosidade **ou** qualquer expressão de fé religiosa.

Daí o indiscutível relevo da atuação do Supremo Tribunal Federal **quando, no desempenho de sua atividade jurisdicional, exerce função contramajoritária,** em sua inafastável condição institucional **de ser, por excelência, o garante** dos direitos e liberdades fundamentais em nosso País.

Cabe enfatizar, bem por isso, *presentes tais razões,* que o Supremo Tribunal Federal, **no desempenho** da jurisdição constitucional, **tem proferido, muitas vezes, decisões de caráter nitidamente contramajoritário, em clara demonstração** de que os julgamentos desta Corte Suprema, *quando assim proferidos,* **objetivam preservar,** em gesto **de fiel** execução dos mandamentos constitucionais, **a intangibilidade** de direitos, interesses e valores **que identificam** os *grupos minoritários* expostos a situações de vulnerabilidade jurídica, social, econômica ou política **e que, por efeito de tal condição, tornam-se objeto** de intolerância, de perseguição, de discriminação **e** de injusta exclusão.

Na realidade, o tema da preservação e do reconhecimento dos direitos das minorias, inclusive das minorias em matéria confessional, deve compor, por tratar-se de questão impregnada do mais alto relevo, a agenda desta Corte Suprema, incumbida, por efeito de sua destinação institucional, de velar pela supremacia da Constituição e de zelar pelo respeito aos direitos, inclusive de grupos minoritários de ordem confessional, que encontram fundamento legitimador no próprio estatuto constitucional.

Com efeito, a necessidade de assegurar-se, em nosso sistema jurídico, proteção às minorias e aos grupos vulneráveis qualifica-se, na verdade, como fundamento imprescindível à plena legitimação material do Estado Democrático de Direito, havendo merecido tutela efetiva, por parte desta Suprema Corte, quando grupos majoritários, por exemplo, atuando no âmbito do Congresso Nacional, ensaiaram medidas arbitrárias destinadas a frustrar o exercício, por organizações minoritárias, de direitos assegurados pela ordem constitucional (MS 24.831/DE, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 24.849/DE, Rel. Min. CELSO DE MELLO – MS 26.441/DE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Lapidar, sob a perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional, a lúcida advertência do saudoso e eminente Professor GERALDO ATALIBA (“Judiciário e Minorias”, “in” Revista de Informação Legislativa, vol. 96/194):

“A Constituição verdadeiramente democrática há de garantir todos os direitos das minorias e impedir toda prepotência, todo arbítrio, toda opressão contra elas. Mais que isso – por mecanismos que assegurem representação proporcional –, deve atribuir um relevante papel institucional às correntes minoritárias mais expressivas.

.....

*Na democracia, governa a maioria, mas – em virtude do postulado constitucional fundamental da igualdade de todos os cidadãos – ao fazê-lo, **não pode oprimir a minoria**. Esta exerce também função política importante, decisiva mesmo: a de oposição institucional, a que cabe relevante papel no funcionamento das instituições republicanas.*

O principal papel da oposição é o de formular propostas alternativas às idéias e ações do governo da maioria que o sustenta. Correlatamente, critica, fiscaliza, aponta falhas e censura a maioria, propondo-se, à opinião pública, como alternativa. Se a maioria governa, entretanto, não é dona do poder, mas age sob os princípios da relação de administração.

.....
Daí a necessidade de garantias amplas, no próprio texto constitucional, de existência, sobrevivência, liberdade de ação e influência da minoria, para que se tenha verdadeira república.

.....
Pela proteção e resguardo das minorias e sua necessária participação no processo político, a república faz da oposição instrumento institucional de governo.

.....
*É imperioso que a Constituição **não só garanta a minoria** (a oposição), como ainda lhe reconheça direitos e até funções.*

.....
*Se a maioria souber que – por obstáculo constitucional – **não pode prevalecer-se** da força, **nem** ser arbitrária **nem** prepotente, **mas deve respeitar a minoria**, então os compromissos *passam a ser meios de convivência política. (...).*” (grifei)*

Isso significa, portanto, *numa perspectiva pluralística, em tudo compatível com os fundamentos estruturantes da própria ordem democrática (CF, art. 1º, V), que se impõe a organização de um sistema de efetiva proteção, especialmente no plano da jurisdição, aos direitos, liberdades e garantias fundamentais em favor das minorias, quaisquer que sejam, para que tais prerrogativas essenciais não se convertam em fórmula destituída de significação, o que subtrairia – consoante adverte a*

doutrina (SÉRGIO SÉRVULO DA CUNHA, “Fundamentos de Direito Constitucional”, p. 161/162, item n. 602.73, 2004, Saraiva) – o necessário coeficiente de legitimidade jurídico-democrática ao regime político vigente em nosso País.

12. Conclusão

Disso tudo resulta, segundo penso, **que, em matéria confessional, o princípio** da laicidade do Estado – **matriz de que emana**, entre outras prerrogativas essenciais, **a liberdade religiosa** – **será efetivamente respeitado se, tratando-se de ensino religioso, este não tiver conteúdo confessional, interconfessional ou ecumênico, pois, nesse específico domínio, o aparelho estatal, para manter posição de estrita neutralidade axiológica, não poderá viabilizar, na escola pública, a ministração** de aulas que se refiram **a uma ou a algumas** denominações religiosas.

Sendo assim, *peço vênias para acompanhar, integralmente, inclusive quanto à tese de julgamento* que formulou, **o brilhante e primoroso voto** proferido pelo eminente Relator.

É o meu voto.