

# EVOLUÇÃO E CONSTRUÇÃO INTERPRETATIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE RELIGIOSA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E OUTRAS CORTES E TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

---

*Márcia Alvarenga de Oliveira Sobrane<sup>1</sup>*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Liberdade religiosa como direito fundamental. 2 Ordenamento constitucional pátrio e liberdade religiosa. 2.1 Precedentes constitucionais da liberdade religiosa. 2.2 Liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988. 3 Incorporação dos tratados internacionais no direito brasileiro. 3.1 Formação dos tratados internacionais. 3.2 Força normativa dos tratados internacionais. 4 Algumas interpretações sobre liberdade religiosa nos planos internacional e nacional. 5 O Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé: o ensino religioso católico nas escolas públicas. 6 Conclusão. Referências.

## **Introdução**

O presente trabalho tem por objetivo o estudo da evolução e da construção da liberdade religiosa sob o prisma constitucional, enfocando alguns posicionamentos adotados pela doutrina e pelos órgãos de julgamento do Poder Judiciário brasileiro e das cortes internacionais.

Para tanto, será analisada a liberdade religiosa como direito fundamental, pertencente à categoria dos direitos humanos de primeira geração ou dimensão, demonstrando-se a evolução do tratamento do tema no plano constitucional interno até a Constituição vigente, assim como nos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, com a indispensável abordagem da maneira como as normas internacionais passam a integrar o ordenamento jurídico pátrio.

Serão mencionados alguns casos de repercussão internacional com os respectivos

---

<sup>1</sup> Mestra e doutoranda em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica da São Paulo (PUC-SP). Especialista pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Advogada. Professora universitária. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional.

posicionamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos, assim como situações que foram enfrentadas pelos juízos e tribunais nacionais.

Em seguida, analisar-se-á o artigo do Acordo entre o Brasil e a Santa Sé, que intenciona instituir o ensino religioso católico nas escolas públicas, cotejando-o com os dispositivos constitucionais da liberdade religiosa e da laicidade estatal, para concluir por sua inconstitucionalidade.

## 1. Liberdade religiosa como direito fundamental

Direitos fundamentais são todas aquelas posições jurídicas concernentes à pessoa que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância, integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos, bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo ou não assento na Constituição formal<sup>2</sup>.

Do conceito acima apresentado, tem-se que a história dos direitos fundamentais coincide com o surgimento do Estado constitucional, cujos pontos característicos foram o reconhecimento e a proteção da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais do homem e da limitação do poder estatal.

Com raízes nas teorias iluminista e jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, os direitos fundamentais de primeira dimensão (direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade, que posteriormente foram complementados por outras liberdades<sup>3</sup>) surgiram e se afirmaram como direitos do indivíduo frente ao Estado, no sentido de direitos de defesa que implicam na sua não intervenção e, por isso, apresentados como direitos de cunho *negativo*, dirigidos a uma abstenção.

Traduziram, assim, limitações jurídicas ao poder estatal, mediante seu reconhecimento e consequente garantia que, juntamente com a adoção do princípio da divisão funcional dos poderes, acabaram sendo a base das primeiras constituições surgidas sob influência liberal-burguesa.

Do reconhecimento da dignidade como atributo da pessoa humana individualmente considerada, surge o princípio da dignidade da pessoa humana que tem como expressão, dentre outras, a garantia da identidade pessoal do indivíduo, no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual, que se concretiza na liberdade de consciência, de pensamento, de culto, na proteção da intimidade, da honra, da esfera privada, enfim, de tudo que esteja associado ao livre desenvolvimento de sua personalidade, ao direito de

<sup>2</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 91.

<sup>3</sup> Ingo W. Sarlet salienta que: “as diversas dimensões que marcam a evolução do processo de reconhecimento e afirmação dos direitos fundamentais revelam que estes constituem categoria materialmente aberta e imutável.” (*A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 63).

autodeterminação e à garantia de resguardo de um âmbito que lhe seja pessoal, particular, todos resguardados de ingerências estatais<sup>4</sup>.

Também há que se considerar que, no sentido dos direitos humanos, não pode haver liberdade sem igualdade<sup>5</sup>. Se assim não fosse, a liberdade seria apenas privilégio, não direito humano. Portanto, a liberdade religiosa ou de opinião não deve ser privilégio de uns poucos, mas direitos universais de todos que, como direitos individuais, também possibilitam a livre associação<sup>6</sup>.

Desta forma, historicamente, a liberdade religiosa passou a ter sua previsão em diversos instrumentos de declarações de direitos e, atualmente, é direito fundamental da pessoa humana, consagrado nas constituições dos diversos estados democráticos.

A Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, texto revolucionário francês que precisou os contornos das liberdades individuais, proclamou, nesse aspecto, mais um “caráter de mera tolerância religiosa do que uma ampla e irrestrita liberdade”<sup>7</sup>. O artigo 10 dispunha: “ninguém pode ser perturbado por suas opiniões, mesmo religiosas, desde que a sua manifestação não inquiete a ordem pública estabelecida pela lei”.

Nessa linha de tutela das liberdades, surgiram diversos documentos internacionais que tratam do tema.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, no seu artigo XVIII, dispõe:

*Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância isolada ou coletivamente, em público ou em particular.*

De acordo com esta Declaração, qualquer pessoa humana é titular do direito à liberdade religiosa, bastando, para isso, sua condição de ser humano. Neste documento, a liberdade religiosa foi protegida de forma ampla, de modo que não houve qualquer imposição de determinada religião, abrangendo, inclusive, a hipótese de não adoção de qualquer uma.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 1966<sup>8</sup>, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, trata do tema de forma bem minuciosa em diversos aspectos, dispondo em seu artigo 18:

<sup>4</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, *Op. Cit.*, p. 122.

<sup>5</sup> “A liberdade só encontra limite legítimo dentro da própria liberdade, isto é, na liberdade igual do outro ser humano”, conforme ensina Heiner Bielefeldt (*Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000, p. 115).

<sup>6</sup> Pontes de Miranda, ao tratar a liberdade, afirma que: “(...) a realização da liberdade e a sua conservação exigem certa dose de igualdade e certo grau de democracia.” (*Democracia, liberdade, igualdade*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 396).

<sup>7</sup> TAVARES, André Ramos. *Religião e neutralidade do Estado*. In: MÁZZUOLI, Valerio de Oliveira; Floriano, Aldir Guedes (Coords.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 54.

<sup>8</sup> Ratificado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto n. 592, de 06 de dezembro de 1992.

1. *Toda pessoa terá direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública com privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino.*
2. *Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha.*
3. *A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.*
4. *Os Estados-Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais – e, quando for o caso, dos tutores legais – de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.*

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>9</sup>, de 1969 (*Pacto de San José da Costa Rica*), em seu artigo 12, assim trata do assunto:

1. *Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público com em privado.*
2. *Ninguém pode ser submetido a medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.*
3. *A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita apenas às limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas.*
4. *Os pais e, quando for o caso, os tutores têm direito a que seus filhos e pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com suas próprias convicções.*

Diante dos instrumentos internacionais citados<sup>10</sup>, do seu reconhecimento como direito fundamental, da sua adoção pelas diversas constituições dos Estados, é possível denotar a consolidação da tutela da liberdade religiosa, no seu sentido mais amplo, implicando nos deveres de respeito e de limitação tanto pelos poderes do Estado quanto pelos demais indivíduos.

Como um direito fundamental, dentre outras características, reconhece-se à liberdade religiosa o caráter universal, de forma que se destina indiscriminadamente a todos os seres humanos, e a limitabilidade, ou seja, embora direito fundamental, não é absoluto, pois, no

<sup>9</sup> Ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo n. 27, de 25 de setembro de 1992, e promulgada, com ressalvas, pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992.

<sup>10</sup> Existem outros, mas fez-se opção pelos de maior relevância para o tema.

caso concreto, poderá conflitar ou colidir com outros dotados da mesma fundamentabilidade, cabendo ao intérprete ou magistrado decidir qual direito deverá prevalecer, com fulcro na regra da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos, conjugando-a com a sua mínima restrição<sup>11</sup>.

## 2 Ordenamento constitucional pátrio e liberdade religiosa

### 2.1 Precedentes constitucionais da liberdade religiosa

A Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824, no Título 1º, “Do Império do Brazil, seu Território, Governo, Dynastia, e Religião”, assim dispunha:

*Art. 5. A Religião Catholica Apostólica Romana continuará a ser a Religião do Império. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórma alguma exterior de Templo.*

Conforme se extrai, no Brasil Império não houve liberdade religiosa. A Constituição do Império, adotando a religião Católica como a oficial, reconhecia permissão a outros cultos como mera tolerância, mas não com total liberdade, limitando-os ao âmbito doméstico ou em locais particulares a este fim destinados.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brazil, de 24 de fevereiro de 1891, no Título IV, “Dos Cidadãos Brasileiros”, Secção II “Declaração de Direitos”, assim dispunha:

*Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes:*

*§ 3º Todos os individuos e confissões religiosas podem exercer publica e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito commum.*

Em razão do Decreto n. 119-A, de 07 de janeiro de 1890, de autoria de Rui Barbosa, instituiu-se a separação da Igreja e do Estado. Com isso, no advento da República, mediante a promulgação da Constituição, consolidou-se a separação que tornou laico o Estado brasileiro, garantindo-se a liberdade religiosa.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de julho de 1934, no Título III, “Da Declaração de Direitos”, Capítulo II, “Dos Direitos e das Garantias Individuaes”, assim dispunha:

*Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistência, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:*

<sup>11</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 742.

(...)

*5) É inviolável a liberdade de consciência e de crença, e garantido o livre exercício dos cultos religiosos, desde que não contravenham à ordem pública e aos bons costumes. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil.*

Referida Constituição manteve a inviolabilidade à liberdade religiosa (de consciência, de crença e de culto), dispondo ainda que as associações religiosas adquiririam personalidade jurídica nos termos da lei civil, em consonância com o Decreto n. 119-A/1890, que reconheceu personalidade jurídica a todas as Igrejas e confissões religiosas.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 10 de novembro de 1937, no Título “Dos Direitos e Garantias Individuais”, dispôs:

*Art. 122. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:*

(...)

*4) Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum, as exigências da ordem pública e dos bons costumes.*

Nesta, conhecida por “a Polaca”, houve a manutenção da liberdade de culto e a possibilidade de criação de associações de caráter religioso e confessional para esse fim.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946, no Título IV, “Da Declaração de Direitos”, Capítulo II, “Dos Direitos e das Garantias Individuais”, dispôs:

*Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:*

(...)

*§ 7º É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo o dos que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil.*

A inviolabilidade abrangia tanto a liberdade de consciência quanto a de crença.

A Constituição do Brasil, de 24 de janeiro de 1967, no Título II, “Da Declaração de Direitos”, Capítulo IV, “Dos Direitos e Garantias Individuais”, dispôs:

*Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

(...)

*§ 5º É plena a liberdade de consciência e fica assegurado aos crentes o exercício dos cultos religiosos, que não contrariem a ordem pública e os bons costumes.*

Previa somente a liberdade de consciência e não a de crença em si, assegurando aos crentes o exercício dos cultos religiosos. Portanto, a liberdade de crença era garantida como simples forma da liberdade de consciência.

Já na Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, no Título II, “Da Declaração de Direitos”, Capítulo IV, “Dos Direitos e Garantias Individuais”, não houve reforma nos termos da previsão constante na Constituição de 1967, só se alterando a topografia dos dispositivos que passaram a ser o artigo 153 e seu parágrafo quinto.

## 2.2 Liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, assim dispôs:

*Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

(...)

*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 as suas liturgias;*

Prevista pelo ordenamento constitucional pátrio no Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, Capítulo I, “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, a liberdade religiosa enquanto direito fundamental, para que seja considerada plena, é imprescindível o pressuposto da separação entre Estado e Igreja, além do fator igualdade assegurado entre as crenças e igrejas de diversas denominações, bem como aos seus seguidores enquanto indivíduos, todos destinatários da proteção em face do Estado.

Também há que se considerar que, como os direitos fundamentais definem a fronteira entre o que é lícito e o que não o é para o Estado, limitam o poder, deixando fora de seu alcance um núcleo irredutível de liberdade<sup>12</sup>.

Nesse sentido, imperativo ressaltar que, com *status* de direito fundamental reconhecido constitucionalmente, a liberdade religiosa acaba por vincular os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Insera-se entre as liberdades espirituais<sup>13</sup> e,

<sup>12</sup> FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 6.

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

*nos direitos espirituais de liberdade – como os de crença, de consciência, de religião e de livre manifestação de opinião – importa a preservação e o reconhecimento da qualidade de sujeito espiritual e moral do indivíduo, com inclusão da possibilidade de ele professar publicamente suas convicções e de praticá-las em comunidade e em sociedade*<sup>14</sup>.

A liberdade religiosa é apontada por Celso Ribeiro Bastos<sup>15</sup> como gênero, do qual se tem as seguintes espécies: a liberdade de consciência e de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa.

A liberdade de consciência abrange o direito de não crença, ou seja, confere proteção jurídica aos ateus e agnósticos. Já a de crença, o direito de crer conforme a fé religiosa sustentada por cada um. Seu fundamento constitucional se encontra no artigo 5º, inciso VI, 1ª parte, da Constituição Federal.

A proteção da liberdade de consciência e de crença se encontra sob o manto do signo “inviolável”, denotando seu valor universal absoluto<sup>16</sup>.

A liberdade de culto é a exteriorização da liberdade religiosa, em geral mediante ritual da fé que se professa em templos ou em qualquer outro local. Essa liberdade foi ampliada e não mais tem seu exercício condicionado à observância da ordem pública e os bons costumes<sup>17</sup>. Seu fundamento constitucional se encontra na Constituição Federal, artigo 5º, inciso VI, 2ª parte.

Nesse sentido, veda-se às entidades políticas da Federação brasileira estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público, nos termos do inciso I do artigo 19 da Constituição Federal.

A liberdade de organização religiosa, por sua vez, está relacionada com a posição adotada pelo Estado, se de confusão, união ou separação.

Na confusão, o Estado se confunde com determinada religião, configurando-se o Estado teocrático, como o Vaticano, por exemplo. Na união, o Estado e determinada Igreja mantêm relações jurídicas relativas à sua organização e funcionamento, como foi o caso do Brasil Império (Estado confessional). Na separação, como a própria expressão indica, Estado e Igreja assumem papéis desvinculados<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000, p. 117.

<sup>15</sup> *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 198-202.

<sup>16</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*, p. 93.

<sup>17</sup> José Afonso da Silva ressalta que não se exige mais a observância da ordem pública e dos bons costumes, que importavam regra de contenção. Não obstante, parece-lhe impensável uma religião cujo culto, por si, seja contrário aos bons costumes e à ordem pública (*Op. Cit.*, p. 94).

<sup>18</sup> “A quebra de unidade religiosa da cristandade deu origem à aparição de minorias religiosas que defendiam o direito de cada um à ‘verdadeira fé’. Esta defesa da liberdade religiosa postulava, pelo menos, a ideia de **tolerância religiosa** e a proibição do Estado em impor ao foro íntimo do crente uma religião oficial. Por este facto, alguns autores, como G. Jellinek, vão mesmo ao ponto de ver na luta pela liberdade de religião a verdadeira origem dos direitos fundamentais. Parece, porém, que se tratava mais da ideia de tolerância religiosa para credos diferentes do que propriamente da concepção da liberdade de religião e crença, com direito inalienável do homem, tal como veio a se proclamado nos



O Estado brasileiro, desde o advento do Decreto n. 119-A, de 17 de janeiro de 1890, tornou-se laico<sup>19</sup> ou não-confessional, assumindo uma posição de neutralidade em relação aos assuntos religiosos, de modo que, desde então, deve se manter indiferente, sem criar dificuldades, discriminações ou embaraços à livre constituição de diversas igrejas ou denominações<sup>20</sup>.

Celso Lafer<sup>21</sup> destaca: “uma primeira dimensão da laicidade é de ordem filosófica metodológica, com suas implicações para a convivência coletiva.” Acrescenta o autor:

*Nesta dimensão, o espírito laico, que caracteriza a modernidade, é um modo de pensar que confia o destino da esfera secular dos homens à razão crítica e ao debate, e não aos impulsos da fé e às asserções de verdades reveladas. Isto não significa desconsiderar o valor e a relevância de uma fé autêntica, mas atribui à livre consciência do indivíduo a adesão, ou não, a uma religião.*

A natureza laica adotada e mantida pelo Estado brasileiro faz-se presente ainda nos termos do artigo 19, inciso I, 2ª parte, da Constituição Federal, na medida em que veda relações de dependência ou aliança entre o Estado e as igrejas, *verbis*:

*Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

*I – estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público.*

A laicidade<sup>22</sup> não veda nem exclui as relações internacionais que se fizerem necessárias, nem os vínculos diplomáticos mantidos com a Santa Sé, que nestas situações deverá assumir sua reconhecida personalidade de direito público internacional como Estado e não com Igreja. Firmarão relações de Direito Internacional como Estados soberanos, não de dependência ou de aliança, que não pode ser feita<sup>23</sup>.

A colaboração prevista como possível deve ser geral, de forma a não haver *discrimen* em relação às demais religiões existentes.

modernos documentos constitucionais” (CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2000, p. 377).

<sup>19</sup> Do latim *laicus*, é o mesmo que leigo, em oposição ao eclesiástico ou religioso (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v.4, p. 45).

<sup>20</sup> Observadas as regras da ordem jurídica para sua efetiva constituição, nos termos da lei civil.

<sup>21</sup> *Estado laico. O Estado de São Paulo*, 20 maio 2007, p. A2.

<sup>22</sup> Importante ressaltar que laicidade diz respeito à qualidade de laico (vide a nota n. 18) e difere de laicismo que consiste num sistema dos que pretendem a interferência dos leigos no governo da Igreja ou dos que pretendem dar às instituições caráter não religioso (BUENO, Silveira. *Minidicionário da Língua Portuguesa*. São Paulo: Editora FTD, p. 385).

<sup>23</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*, p. 251.

### 3 Incorporação dos tratados internacionais no direito brasileiro

#### 3.1 Formação dos tratados internacionais

Partindo do pressuposto de que as partes contratantes de um tratado internacional sejam capazes<sup>24</sup>, para sua validade, desde a sua celebração até a sua entrada em vigor no ordenamento pátrio, sucessivos atos jurídicos deverão ser realizados e observados em razão da solenidade que lhe é inerente.

Inicialmente, ocorrem as negociações, conclusões e assinatura do tratado, quando há sua aceitação provisória, sem efeitos vinculantes para o Estado, o que normalmente fica a cargo do presidente da República ou do ministro das Relações Exteriores.

Em seguida, o tratado segue para ratificação<sup>25</sup> (interna), ou seja, à apreciação e aprovação pelo Poder Legislativo<sup>26</sup>, para que decida sobre a continuidade ou não de seu trâmite até final conclusão. Se entender viável a continuidade, expressa-a por decreto legislativo<sup>27</sup>, autorizando o chefe do Executivo a ratificá-lo internacionalmente. Se o Congresso Nacional rejeitar o acordo, a questão se resolve definitivamente, ficando impedida a ratificação pelo chefe do Executivo.

Existindo a conjugação de vontades entre os Poderes Executivo e Legislativo, o tratado é celebrado pelo chefe do Poder Executivo, que detém competência privativa<sup>28</sup> para tanto, ou seja, ocorre a sua ratificação no plano internacional, momento em que seus termos se tornam obrigatórios para o Estado-parte.

#### 3.2 Força normativa dos tratados internacionais

Os tratados internacionais que não versarem sobre direitos humanos e que o Brasil for parte ingressam no ordenamento jurídico pátrio com força de lei ordinária federal, ficando sujeitos às regras e princípios constitucionais, com a nota de que deve prevalecer o Direito Internacional sobre o Direito Interno, desde que não contrarie norma constitucional<sup>29</sup>.

Os tratados internacionais sobre direitos humanos que ingressarem no ordenamento pátrio, desde que aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, equivalem às emendas constitucionais e possuem força normativa constitucional prevalecendo sobre toda ordem jurídica infraconstitucional<sup>30</sup>.

<sup>24</sup> Agentes signatários legalmente habilitados, mútuo consentimento, objeto lícito e possível.

<sup>25</sup> Não no sentido internacional (expressando a confirmação da vontade do Estado em obrigar-se internacionalmente), mas como ato interno, funcionando somente como um *referendum* do Congresso Nacional (controle e fiscalização dos atos do Executivo). Observe-se que mesmo após esse *referendum* o chefe de Estado tem total discricionariedade para inclusive não o ratificará no plano internacional.

<sup>26</sup> Art. 49, inc. I, da Constituição Federal.

<sup>27</sup> Art. 59, inc. VI, da Constituição Federal.

<sup>28</sup> Art. 84, inc. VII, da Constituição Federal. O que permite a delegação aos Ministros das Relações Exteriores ou aos chefes de Missão Diplomática.

<sup>29</sup> Art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

<sup>30</sup> Art. 5º, § 3º, da Constituição Federal.

Se os tratados internacionais sobre direitos humanos não alcançarem o quórum acima mencionado, ingressam no ordenamento pátrio com força normativa de lei ordinária federal e se submetem às regras e princípios constitucionais, devendo prevalecer o Direito Internacional sobre o Direito Interno, desde que não contrarie norma constitucional.

#### 4 Algumas interpretações sobre liberdade religiosa nos planos internacional e nacional

Tem-se constatado importantes reclamações e conseqüentes discussões em torno da admissão ou não de elementos ou símbolos religiosos nos espaços públicos, cumprindo considerar que junto ao componente religioso encontram-se outros aspectos relativos à identidade cultural do indivíduo e sua integração social<sup>31</sup>.

Recentemente, no plano internacional, apreciações destas questões se deram junto ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

Na França, a lei n. 288, de 15 de março de 2004, modificou o Código de Educação e estabeleceu em seu artigo 1º: “Nas escolas, colégios e liceus públicos, o uso de signos e de vestimentas pelos quais os alunos manifestem ostensivamente uma pertinência religiosa está proibido”<sup>32</sup>.

Tal medida legislativa, segundo as autoridades francesas, visou à garantia da laicidade<sup>33</sup> da educação francesa, tendo em mira a prática do uso da burca e do véu (chador) nas escolas públicas, e foi editada na direção da política adotada na Turquia, país muçulmano, mas de laicismo minucioso, onde a lei proíbe o uso do véu nas escolas, nas universidades e nos edifícios públicos<sup>34</sup>.

Afonso Santiago<sup>35</sup>, referindo-se ao “caso Sahin”,<sup>36</sup> apreciado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos no ano de 2004, destaca:

*Em su sentencia el tribunal consideró que no era contrario a la libertad religiosa reconocida en el art. 9º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, la normativa emitida por las autoridades turcas que, fundada en el principio de laicidad estatal contenido en el art. 2º de la Constitución de ese país, prohibía a las mujeres el uso del pañuelo islámico en*

<sup>31</sup> SANTIAGO, Afonso. *Religión y política: sus relaciones en el actual magisterio de la Iglesia Católica y a través de la historia constitucional argentina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008, p. 105-106.

<sup>32</sup> Tradução livre. No original: “Em las escuelas, colegios y liceos públicos, el uso de signos y de vestimentas por los cuales los alumnos manifesten ostensiblemente una pertenencia religiosa está prohibido”. SANTIAGO, Afonso. *Religión y política: sus relaciones en el actual magisterio de la Iglesia Católica y a través de la historia constitucional argentina*, p.106-107.

<sup>33</sup> Prevista no art. 1º da Constituição francesa. No original: “La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l’égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d’origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée”.

<sup>34</sup> VIDAL, Dominique. Exceção francesa. Disponível em: <<http://diploma.uol.com.br/imprima871>>. Acesso em: 24 jan. 2010.

<sup>35</sup> *Religión y política: sus relaciones en el actual magisterio de la Iglesia Católica y a través de la historia constitucional argentina*, p. 108.

<sup>36</sup> Leyla Sahin, estudante que não conseguiu realizar seus estudos com êxito e recorreu ao Tribunal Europeu.

*los establecimientos universitarios públicos. Teniendo en cuenta las particulares circunstancias históricas de Turquía, el interés político expresado en su constitución de implantar la laicidad estatal y el margen de apreciación local para la reglamentación de los derechos humanos reconocidos en el Convenio Europeo, el tribunal entendió que las disposiciones legales impugnadas no eran lesionaban la libertad religiosa de la accionante. Sin lugar a dudas, este derecho no fue considerado en la sentencia dictada por el Tribunal Europeo como una 'libertad preferida'.*

Ainda na França, duas alunas muçulmanas de uma escola pública foram expulsas por terem se recusado a retirar o véu nas aulas de educação física. Após perderem em todas as instâncias da justiça administrativa francesa, recorreram à Corte Europeia dos Direitos do Homem, sediada em Strasbourg, que, em decisão de 04 de dezembro de 2008, considerou justificada a expulsão e entendeu também que não houve desrespeito à liberdade religiosa<sup>37</sup>.

Outra questão em torno da qual tem surgido inúmeras discussões é a condizente à presença de símbolos religiosos, notadamente do crucifixo, em salas de aula ou locais de ensino públicos e em edifícios públicos, em razão da violação da neutralidade religiosa do Estado e por ser discriminatória aos que praticam outra fé ou não têm qualquer fé.

Nos Estados Unidos, em 1980, a Suprema Corte concedeu ao caso<sup>38</sup> *Stone v. Graham* (449 U.S.39) o *writ of certiorari* para, pela primeira vez, decidir acerca da exibição de símbolo religioso em edifício público, no sentido de declarar a inconstitucionalidade da lei por inobservância à *establishment clause* da Primeira Emenda<sup>39</sup>.

Além de outros, em dois recentes casos referentes à exibição de texto religioso (julgados em 27 de julho de 2005), a Suprema Corte dos Estados Unidos demonstrou a dificuldade em se encontrar uma resposta suficiente para a resolução dos conflitos que envolvem Estado e religião, diante dos distintos desfechos. No caso *McCreary County v. ACLU*, os dois condados do Estado do Kentucky (McCreary e Pulaski), que passaram a exibir em suas cortes cópias visíveis dos Dez Mandamentos, a Suprema Corte declarou inconstitucional a exibição. Já no caso *Van Orden v. Perry*, decidiu ser constitucional a exibição dos Dez Mandamentos num monumento de granito situado nos jardins do Texas State Capitol.

<sup>37</sup> FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Franceses lutam por estado laico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-dez-26/franceses-lutam-estado-laico-nao-exigencia-uso-veu-islamico?imprimir=1>>. Acesso em: 24 jan. 2010. Importante ressaltar que o autor se posiciona no sentido de que tais medidas podem ferir gravemente a liberdade de crença e de religião. Tal proibição atinge o cidadão na sua vida privada e constitui deturpação do princípio da laicidade.

<sup>38</sup> Desencadeada por uma lei do Estado do Kentucky que determinava, resumidamente, a exibição permanente de cópia dos Dez Mandamentos em todas as salas de aula de escolas públicas; a obrigatoriedade de constar um aviso sobre sua aplicação logo abaixo das cópias; e o custeio delas mediante contribuições voluntárias. PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. *Direito, Estado e Religião: a Constituinte de 1987-1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Argvmentum, 2008, p. 41-42.

<sup>39</sup> A Primeira Emenda ao texto constitucional norte-americano, assumindo a preexistência dos direitos fundamentais ali garantidos, dispõe ao Congresso o dever de não editar qualquer lei sobre a liberdade de exercício de religião, o estabelecimento de religião oficial ou a preferência a um credo em detrimento aos demais. No original: "*Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances*".

No plano interno também não tem sido diferente. As discussões e contradições sobre o direito à liberdade religiosa, a laicidade estatal e os símbolos religiosos não são recentes.

Desde o Império, quando a então Constituição garantia apenas a tolerância religiosa (artigo 5º), já se tem notícias sobre tais divergências. Em 1884, Thomaz Nogueira da Gama, professando religião divergente da adotada pelo Estado, sorteado jurado e irrisignado pela presença de um crucifixo pendente à parede e sobre a cabeça do juiz, recorreu ao governo imperial para que, ou fosse retirado o crucifixo da sala do Tribunal, ou fosse declarado que não podia ser jurado no Brasil quem não professasse a religião do Estado, embora cidadão brasileiro<sup>40</sup>. Seu requerimento nem sequer foi despachado pelo então ministro da Justiça Francisco Antunes Maciel, tendo sido o requerente somente dispensado do Júri. Em 1890, já proclamada a República, em idêntica situação como a anterior, formulou pedido ao governo provisório e, de igual forma, não foi atendido.

Em 1891, Miguel Vieira Ferreira, também sorteado jurado, teve indeferido pelo então juiz presidente seu pleito de retirada de um crucifixo existente no Tribunal do Júri da então Capital Federal.

Por época da Assembleia Nacional Constituinte (ANC), ainda sob a vigência da Constituição de 1967 (artigo 150, § 5º) e Emenda n. 1 de 1969 (artigo 153, § 5º), quando a liberdade de crença estava insita na garantia da liberdade de consciência, foi aprovada a Emenda n. 681, que originou o artigo 46 do Regimento Interno da ANC, assim dispendo: “A Bíblia Sagrada deverá ficar, sobre a mesa da Assembleia Nacional Constituinte, à disposição de quem dela quiser fazer uso”.

Ainda durante os debates da ANC, foi proposta a emenda supressiva n. 523<sup>41</sup> para exclusão do preâmbulo constitucional da expressão “sob a proteção de Deus”. A emenda recebeu um único voto favorável<sup>42</sup>, tendo sido derrotada na Comissão de Sistematização por 74 votos contrários<sup>43</sup>.

Posteriormente, já na vigência do texto constitucional de 1988, a invocação de Deus no preâmbulo voltou a ser discutida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) proposta pelo Partido Social Liberal, autuada sob o n. 2.076-5 AC, em razão da ausência da expressão “sob a proteção de Deus” no preâmbulo da Constituição do Estado do Acre. O pedido foi julgado improcedente, sob fundamento do relator<sup>44</sup> de que a natureza do preâmbulo constitucional é política, razão pela qual estaria excluído (salvo os princípios nele transcritos) das normas de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro.

<sup>40</sup> Thomaz Nogueira da Gama assim finalizou seu requerimento: “(...) Nesta época em que todo o Brasil quer a liberdade de consciência e de religião, e na qual o sábio governo de S. M. Imperial acaba de fazer retirar o crucifixo até das escolas públicas, o suplicante espera um favorável deferimento á sua justa petição” (g.n.). FERREIRA, Miguel Vieira. *O Cristo no júri*. Edição comemorativa do 164º aniversário do nascimento do autor e 110º aniversário da primeira edição. Poções, BA: Grafisa Editora Ltda, 2001, p. 42.

<sup>41</sup> De autoria do deputado José Genuíno (PT-SP).

<sup>42</sup> De autoria do deputado Haroldo Lima (PCdoB-BA).

<sup>43</sup> PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. *Direito, estado e religião: a Constituinte de 1987-1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro*, p. 98.

<sup>44</sup> Ministro Carlos Velloso, do Supremo Tribunal Federal.

No julgamento da Adin n. 113.349-01, de 11 de maio de 2005, o acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reconheceu vícios de inconstitucionalidades formal e material, por violação do princípio do Estado laico, da lei do município de Assis (SP), que determinava a obrigatoriedade de inserção do versículo bíblico “Feliz a Nação cujo Deus é o Senhor” em todos os impressos oficiais da municipalidade.

No ano de 2006, foi protocolada junto à Promotoria da Cidadania da Capital de São Paulo a representação formulada por Vicente Ciccone em face da Faculdade de Odontologia da Universidade de São Paulo (PJC-CAP n. 373/2006), consubstanciada no desprestígio às outras crenças religiosas em razão da exposição de símbolo religioso (crucifixo) nas dependências (sala de espera) da clínica odontológica. O caso não chegou à apreciação do Poder Judiciário e foi arquivado no âmbito do Ministério Público, porque a representada, uma vez intimada, apesar de confirmar a exposição do símbolo desde 1985, informou que não teve a finalidade de desrespeitar pessoas ou crenças religiosas e que voluntariamente já havia providenciado a retirada do símbolo, conforme comprovou com anexação de fotos.

Em 2007, Daniel Sottomaior Pereira endereçou representação ao Ministério Público de São Paulo visando à retirada do crucifixo afixado no plenário da Câmara Municipal de São Paulo. A representação foi indeferida, por ausência de justa causa, com posterior confirmação do arquivamento pelo Conselho Superior do Ministério Público.

No início de 2007, a ONG Brasil para Todos requereu ao Conselho Nacional de Justiça<sup>45</sup> providências para proibir a prática de afixação de crucifixos em espaços eminentemente públicos do Poder Judiciário (plenários e nas salas de julgamento). O conselheiro relator Paulo Lobo, antes de proferir o voto, sugeriu realização de audiência pública visando à formação de um marco conceitual mais amplo e pluralista para posterior decisão do plenário<sup>46</sup>. Não obstante, o Plenário indeferiu a audiência pública e, no mérito, acompanhou o voto divergente do conselheiro oscar Argollo<sup>47</sup>, manifestando-se pela improcedência.

Em julho de 2009, foi ajuizada ação civil pública pela Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão em São Paulo, autuada sob o n. 2009.61.00.017604-0, tendo por objeto a retirada dos símbolos religiosos de locais de amplo acesso e de atendimento ao público nos prédios públicos federais situados no Estado de São Paulo, desde que respeitada a manifestação da fé dos servidores públicos em suas mesas e gabinetes. O pedido de antecipação de tutela foi indeferido pela juíza federal<sup>48</sup> e o mérito pende de julgamento.

<sup>45</sup> Pedido de Providências n. 1344 e apensos.

<sup>46</sup> PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. *Direito, estado e religião: a Constituinte de 1987-1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro*, p. 103.

<sup>47</sup> Foram expostos os seguintes argumentos: (a) o caráter tradicional e costumeiro da prática impugnada; (b) a inexistência de qualquer vedação legal; (c) o caráter positivo da mensagem que porta o crucifixo, como “símbolo que homenageia princípios éticos e representa, essencialmente, a paz”; (d) a ausência de qualquer violação de direitos ou de discriminação na exibição dos crucifixos nos tribunais; e (e) a autonomia administrativa dos tribunais para decidirem livremente a respeito do assunto, tendo em vista a ausência de balizas legais. SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coords.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*, p. 212.

<sup>48</sup> Maria Lúcia Lencastre Ursaia, juíza federal da 3ª Vara Cível Federal em São Paulo.

Percebe-se que a disciplina da matéria no ordenamento jurídico e as decisões dos tribunais pátrios estão distantes de serem pacíficas e coerentes.

Há que se considerar que decisões em relação às possíveis violações dos direitos fundamentais estão sendo tomadas pelos tribunais internacionais, cujos precedentes devem ser observados quando se decidir questões condizentes a essas violações no plano interno, notadamente porque o cidadão é hoje reconhecido como titular de direitos a serem pleiteados junto a essas cortes.

Em que pese a importância da tradição e cultura internas, os princípios de ordem universal reconhecidos internacionalmente devem imperar.

Registre-se que, em recente decisão de 03 de dezembro de 2009, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos decidiu, no recurso contra a exposição de crucifixo em instituições de ensino apresentado por Soile Lautsi<sup>49</sup>, que a presença de símbolos de representação religiosa em escolas constitui violação (dos direitos) dos pais em educar seus filhos segundo suas próprias convicções e violação da liberdade de religião dos alunos. Condenou o governo italiano a pagar € 5 mil de indenização por danos morais à recorrente e ordenou que todos os crucifixos fossem retirados das escolas públicas italianas<sup>50</sup>.

Por certo, citada decisão não é ainda definitiva, vez que a Itália recorreu da sentença proferida pela Corte Europeia de Direitos Humanos e aguarda-se o desfecho do recurso que será apreciado pela Grande Câmara da Corte, composta atualmente por 17 juízes<sup>51</sup>. O Tribunal Constitucional da Itália, por sua vez, exarou decisão declarando a supremacia das leis e costumes italianos sobre as ordens do Tribunal de Direitos Humanos da Europa (TDHE).

No que tange ao Brasil, em razão do sistema regional de proteção dos direitos humanos, prevalece a incidência do sistema interamericano, cujo instrumento fundamental é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada em 1969, que entrou em vigor internacionalmente em 18 de julho de 1978, após a obtenção de 11 ratificações<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Em 2002, a recorrente pediu ao instituto de ensino público Vittorio da Feltre, situado em Abano Terme, província italiana de Padova, onde dois de seus filhos estudavam, a retirada dos objetos religiosos, tendo sido negada a sua solicitação, o que motivou seu recurso à Corte Europeia de Direitos Humanos. A igualdade dos cidadãos italianos, a liberdade religiosa e a independência e soberania do Estado e da Igreja, encontram-se na Constituição italiana, respectivamente, nos artigos 3º, 8º, 19º, 20º e 7º. O fato repercutiu na imprensa local da seguinte forma: *Corte Europeia condena Itália por manter crucifixos em escolas*. **Folha Online**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u646870.shtml>>. Acesso em: 17 fev. 2010; *Tribunal Europeu ordena retirada de crucifixos das escolas*. Disponível em: <<http://noticias.cancaonova.com/imprimir.php?id=274591>>. Acesso em: 24 jan. 2010.

<sup>50</sup> Interessante anotar que não obstante inúmeras insurgências, em obediência à ordem do TDHE vários Prefeitos em todo país determinaram não só a remoção dos crucifixos das escolas como também dos órgãos públicos, sob pena de multas diárias.

<sup>51</sup> WHITE, Hilary. **Supremo Tribunal da Itália defende crucifixos e soberania nacional contra Tribunal de Direitos Humanos da Europa**. Disponível em: <<http://noticiasprofamilia.blogspot.com/2010/01/supremo-tribunal-da-italia-defende.html>>. Acesso em: 17 fev. 2010.

<sup>52</sup> Ratificação: ato administrativo unilateral por meio do qual o Estado, sujeito de Direito Internacional, confirmando a assinatura anteriormente aposta no acordo, aceita de maneira definitiva as obrigações internacionais que assumiu. Vide nota n. 24. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 131.

Saliente-se que somente os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA)<sup>53</sup> podem se tornar signatários dela.

Dentre os órgãos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, destacam-se: (a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, responsável pelo exame das comunicações de indivíduos, grupos de indivíduos ou entidade não governamental que digam respeito a violações de direitos humanos por Estado-parte; e (b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão consultivo, de caráter jurisdicional do sistema interamericano, responsável pela solução dos casos de violação dos direitos humanos praticada pelos Estados parte da OEA, que detém ainda competência contenciosa.

Ao ratificar a Convenção Americana, um Estado torna-se signatário e já aceita automaticamente a competência consultiva da Corte, mas sua competência contenciosa é facultativa, dependendo de reconhecimento expresso da sua jurisdição.

O Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos por meio do Decreto Legislativo n. 27, de 25 de setembro de 1992, e foi promulgada, com ressalvas, pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Também aderiu à competência contenciosa da Corte em 1998, pelo Decreto Legislativo n. 89, de 03 de dezembro do mesmo ano.

Desta forma, no plano internacional, confere-se aos particulares e às instituições privadas a possibilidade de terem apurada pela Corte eventual violação pelo Estado-parte (Brasil) a seus direitos humanos previstos na Convenção, mas não de forma direta, posto que deverão passar por uma instância preliminar (juízo de admissibilidade da reclamação) junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte proferirá sentença que, conforme previsão na Convenção Americana<sup>54</sup>, será definitiva, irrecurável e de obrigatória observância pelo Estado-parte que reconheceu sua competência contenciosa, como é o caso do Brasil.

Como modernamente se entende que os indivíduos são detentores de personalidade jurídica no plano internacional (capacidade para agir internacionalmente)<sup>55</sup>, tem-se que podem participar das relações internacionais contemporâneas tanto no polo ativo (por exemplo, peticionando para tribunais internacionais ou recebendo proteção diplomática

<sup>53</sup> A OEA é uma organização internacional regional que teve seu tratado institutivo (Carta da OEA) assinado em Bogotá, Colômbia, em 30 de abril de 1948, o qual entrou em vigor internacionalmente em 13 de dezembro de 1951. O Brasil foi um dos seus 21 Estados fundadores. Dentre os órgãos da OEA, como instância para promover e proteger os direitos humanos dos cidadãos do continente americano, existe a Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, ao mesmo tempo é órgão da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Uma de suas principais competências é a de examinar as comunicações de indivíduos ou grupos de indivíduos, ou ainda entidade não governamental, que digam respeito à violações de direitos humanos previstos na Convenção Americana por Estado que dela faça parte.

<sup>54</sup> Art. 68, §§ 1º e 2º.

<sup>55</sup> Ao lado, primeiramente, dos Estados, bem como de outros tais como: das coletividades interestatais (Organizações Internacionais), coletividades não estatais (beligerantes, insurgentes, movimentos de libertação nacional, a Soberana Ordem Militar de Malta), a Santa Sé e o Estado da Cidade do Vaticano, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha). Para um estudo mais profundo do tema: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 157-176.



de seu Estado), quanto no polo passivo (sendo internacionalmente responsabilizados por atos cometidos contra o Direito Internacional), de forma que, na sua atuação ativa, como destinatário de diversos direitos reconhecidos por tratados internacionais de proteção dos direitos humanos<sup>56</sup>, poderão perfeitamente reclamá-los perante os tribunais e cortes internacionais, como demonstrado anteriormente.

Portanto, no que tocam aos direitos humanos, os Estados, dentro dos respectivos territórios, devem resguardar os devidos respeito, cautela, proteção e obediência ao seu efetivo e expresso reconhecimento internacional, sob pena de serem demandados e, ao final, comprovada qualquer infringência, de sofrerem os pertinentes embargos e sanções previstos nos instrumentos internacionais dos quais são signatários.

Cumpra, por fim, consignar que na II Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena (1993) foi reafirmada a universalidade dos direitos humanos, como tema global, consagrando-se ainda sua indivisibilidade, interdependência e interrelacionariedade. A Declaração de Viena<sup>57</sup>, de 1993, deixou claro que as particularidades nacionais e regionais, assim como os diversos contextos históricos, culturais e religiosos do Estado, não podem servir de justificativa para a violação ou diminuição desses mesmos direitos<sup>58</sup>.

A chamada diversidade cultural (relativismo) não pode ser invocada para justificar violações dos direitos humanos, devendo os Estados promovê-los e, quando violados, protegê-los, independentemente dos respectivos sistemas, sem qualquer questionamento quanto a sua observância com base no relativismo cultural ou no dogma da soberania.

Assim, como assevera Marcelo Figueiredo, se os denominados direitos humanos ou fundamentais são sùmulas, conquistas da civilização oponíveis não só em face do Estado, mas genericamente em face de todo poder, é natural que se busque o máximo de eficácia, de proteção<sup>59</sup>.

## 5 O Acordo entre a República Federativa do Brasil e a Santa Sé<sup>60</sup>: o ensino religioso católico nas escolas públicas

Como antes afirmado, nada obsta que o Brasil celebre tratados ou acordos internacionais com outros Estados, inclusive com o Estado da Cidade do Vaticano<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> Assegurados pelas Nações Unidas e pelos sistemas regionais (interamericano, europeu, africano etc.).

<sup>57</sup> Dispôs o § 5º da Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993: "Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever do Estado promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais".

<sup>58</sup> MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, p. 522- 524.

<sup>59</sup> *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 130.

<sup>60</sup> Ato assinado por ocasião da Audiência Privada do presidente Luiz Inácio Lula da Silva com Sua Santidade o Papa Bento XVI – Vaticano, 13 de novembro de 2008.

<sup>61</sup> Denominação dada pelo tratado político de Latráo à extensão de terra sobre a qual a Santa Sé (cúpula governativa da Igreja Católica) exerce plena soberania. Há que se ressaltar que a Santa Sé exerce seu poder contratual no plano

Não obstante, se se tratar de acordo ou tratado internacional cuja matéria seja religiosa ou preveja privilégios para cidadãos de dada religião, nestes casos, denominado concordata, haverá de se levar em consideração, no mínimo, a coerência entre a posição de neutralidade, da laicidade assumida pelo Brasil, e o conteúdo material do tratado firmado internacionalmente, sob pena de, mesmo ingressando no ordenamento jurídico pátrio, seus termos se sujeitarem ao controle de constitucionalidade.

Alguns autores chegam a defender de plano a inconstitucionalidade da celebração de concordatas pelo Brasil, diante da adoção da total separação entre a Igreja e o Estado pela atual ordem constitucional brasileira.

Valerio de Oliveira Mazzuoli<sup>62</sup> sustenta que o atual Estado Constitucional e Humanista de Direito deve primar sempre pela neutralidade do Poder Público em matéria religiosa ou em assuntos que lhe sejam conexos, e conclui que o Direito Internacional Concordatário é inconstitucional no Brasil, diante do sistema de liberdade religiosa da Constituição vigente.

À luz do Direito Internacional, deve prevalecer a norma mais favorável aos direitos humanos<sup>63</sup>. Sendo a liberdade religiosa um direito humano, considerando ainda a sua adoção pela Constituição Federal, bem como a adoção da laicidade do Estado, que implica em neutralidade e igualdade entre as diversas confissões religiosas, Aldir Guedes Soriano<sup>64</sup> sustenta que as concordatas devem ser consideradas inconstitucionais.

Atualmente, encontra-se em trâmite no ordenamento jurídico pátrio o Projeto de Decreto Legislativo n. 1736/2009, referente ao acordo internacional entre o Brasil e o Vaticano, que foi assinado em 13 de novembro de 2008. Aprovado pela Câmara dos Deputados, aguarda discussão e votação no Senado Federal. Se também for aprovado nesta Casa Legislativa, implicará no *referendum* do Congresso Nacional ao chefe do Poder Executivo para que o ratifique internacionalmente, tornando-se o Brasil Estado-parte do referido tratado, obrigando-se às suas normas.

Inicialmente, cumpre ressaltar seu caráter eminentemente religioso, independentemente do *nomem* que lhe foi atribuído, implicando o acordo firmado numa verdadeira concordata.

Nos seus 20 artigos, dentre outros aspectos não menos importantes, destaca-se o § 1º do artigo 11, que dispõe sobre o ensino religioso católico e de outras confissões religiosas nas escolas públicas de ensino fundamental, *verbis*:

internacional celebrando não só concordatas – espécie original de compromisso, cujo tema são as relações entre a Igreja Católica e o Estado – como também outros tratados bilaterais. REZEK, Francisco. *Direito internacional público*: curso elementar. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 241-242.

<sup>62</sup> A inconstitucionalidade das concordatas no Brasil. In: *Revista Jurídica Consulex*, ano XIII, n. 305, 30 de setembro de 2009, p. 32-33.

<sup>63</sup> Na medida em que as Constituições incorporaram a liberdade religiosa como direito humano fundamental, igualando a Igreja Católica às demais denominações religiosas, eventuais concordatas firmadas por estes Estados passam a ser inconstitucionais. Exemplo foi a Concordata firmada por Portugal, em 1940, e o advento de sua Constituição, em 1976, que afirmou a laicidade do Estado português e incorporou o direito à liberdade religiosa.

<sup>64</sup> *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 163-164.

*O ensino religioso, católico e de outras confissões religiosas, de matrícula facultativa, constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, em conformidade com a Constituição e as outras leis vigentes, sem qualquer forma de discriminação.*

Numa análise perfunctória, pode parecer que em nada afronta a disposição constitucional contida no artigo 210, § 1º, a qual acentua que “o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental”.

Não obstante, como bem esclarece Maria Garcia<sup>65</sup>, a “constituição está referindo-se ao ensino no seu sentido específico de transmissão de conhecimento, informações ou esclarecimentos úteis ou indispensáveis à educação – e não à educação religiosa propriamente”. Portanto, o ensino religioso, conforme previsto na Constituição, refere-se “à gama de informações ou esclarecimentos relativamente às religiões existentes, com finalidade de instruir sobre o pluralismo religioso e o respeito à diversidade com o que, esclarecendo-se a respeito, veda-se a discriminação contrária à igualdade de situações”<sup>66</sup>.

Desta forma, o ensino religioso confessional (ou educação religiosa propriamente dita) propagado no acordo não encontra qualquer amparo constitucional<sup>67</sup>, na medida em que a inserção do termo “católico” acaba privilegiando essa religião em detrimento das demais confissões religiosas que poderão ou não ser incluídas<sup>68</sup>.

Ademais, deve ser considerado que “num Estado laico as normas religiosas das diversas confissões são conselhos dirigidos aos seus fiéis, e não comandos para toda a sociedade”<sup>69</sup>. No caso de futura internalização do referido acordo<sup>70</sup>, muitos de seus termos destinados especificamente à religião católica terão força normativa de lei ordinária federal, com nítido caráter discriminatório não só quanto às demais religiões, como quanto aos que nenhuma fé professam, configurando, por isso, sua inconstitucionalidade.

## 6. Conclusão

Mesmo dentre os Estados que adotam a laicidade, denotam-se muitos dissensos nas cortes, tribunais e juízos internos e internacionais quanto às questões que envolvem o direito humano à liberdade religiosa.

<sup>65</sup> A Constituição e o ensino religioso nas escolas públicas. Disponível em: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coords.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*, p. 239.

<sup>66</sup> *Op. Cit.*, p. 246.

<sup>67</sup> SORIANO, Aldir Guedes. Aspectos inconstitucionais do acordo Brasil-Santa Sé. In: *Revista Jurídica Consulex*, ano XIII, n. 305, 30 set. 2009, p. 34-35.

<sup>68</sup> SORIANO, Aldir Guedes. *Aspectos inconstitucionais do acordo Brasil-Santa Sé*, p. 35.

<sup>69</sup> LAFER, Celso. Estado laico. *O Estado de São Paulo*, 20 maio 2007, p. A2.

<sup>70</sup> Encontra-se na fase de *referendum* pelo Congresso Nacional. Já houve aprovação pela Câmara dos Deputados, restando sua apreciação pelo Senado Federal.

Relativamente aos direitos humanos, dentre os quais se inclui a liberdade de religião, não se concebe qualquer liberdade desvinculada da igualdade, sob pena da liberdade ser apenas um privilégio, não um direito humano<sup>71</sup>.

Sob alegação da adoção da religião católica pela maioria dos nacionais, da sua tradição e seu enraizamento na cultura pátria, vozes e defensores se levantam na defesa da permissão do uso do espaço público para demonstrações explícitas da opção de crença e culto aos símbolos religiosos.

Mas a incorporação de novas discriminações, privilégios e ofensas ao princípio da igualdade não pode ser justificada pela fé professada pela maioria, pelos resquícios de incoerência<sup>72</sup> com a posição estatal adotada, pelos ataques de outras crenças ou mesmo pela posição individual de quem escreve ou julga.

Há que se focar somente nos aspectos constitucionais e jurídicos, o que torna difícil a compatibilização do direito fundamental à liberdade religiosa e da laicidade adotada pelo Estado brasileiro com a presença legítima dos elementos religiosos na esfera pública.

Um país que se constitui em Estado Democrático de Direito (Artigo 1º da Constituição Federal) não pode, portanto, mitigar o conceito de democracia excluindo as minorias, sob pena de retroceder no curso da história e ficar adstrito à mera demagogia.

No caráter aberto dos direitos fundamentais, incorporaram-se aqueles denominados de quarta geração ou dimensão e, entre eles, o direito à democracia que, dentre outras qualidades, deve ser isenta das contaminações da mídia manipuladora, do hermetismo da exclusão, de índole autocrática e unitarista, familiar aos monopólios do poder<sup>73</sup>.

Nesse sentido, Celso Lafer<sup>74</sup> ressalta que os direitos humanos integram as “regras do jogo” da democracia, que pressupõem os direitos da minoria e o pluralismo do confronto público equitativo e equilibrado das opiniões.

Norberto Bobbio<sup>75</sup> bem destacava que o Estado democrático é o tipo ideal de Estado de quem se coloca do ponto de vista do direito.

Na medida em que o Brasil tem se empenhado na adoção de políticas de proteção aos direitos humanos, mediante a incorporação de tratados internacionais, o posicionamento dos tribunais deve atentar para a necessidade premente da concretização efetiva da proteção devida a essa categoria de direitos, em plena consonância com os instrumentos internacionais do qual o País é parte e com a Constituição Federal.

<sup>71</sup> BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000, p. 115.

<sup>72</sup> Por exemplo, os feriados religiosos.

<sup>73</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 358.

<sup>74</sup> Estado laico. *O Estado de São Paulo*, 20 maio 2007, p. A2.

<sup>75</sup> *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 23.

Assim, seja nos espaços públicos, *locus* onde o Estado, por seus agentes, figura como prestador de serviços, seja nos assuntos e matérias pertinentes à prestação desses serviços, devem ser respeitados os princípios da igualdade e da liberdade que devem permear todas as crenças e religiões (artigo 5º, *caput*, inciso VI), bem como a neutralidade imprescindível ao posicionamento constitucional previsto no artigo 19, inciso I, da Constituição Federal, mediante a adoção de meios de proteção e de posturas de não violação desses direitos fundamentais.

### Referências bibliográficas:

- ALEIXO, José Carlos Brandi. O acordo entre o Brasil e a Santa Sé. In: *Revista Jurídica Consulex*, n. 305, 30 set. 2009, p. 28-29.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALTAFIN, Juarez. *O cristianismo e a Constituição*. Uberlândia: Editora Del Rey Ltda., 2007.
- ANDRADA, Bonifácio de. O acordo Brasil-Santa Sé e o direito brasileiro. In: *Revista Jurídica Consulex*. n. 305, 30 set. 2009, p. 30-31.
- BALERA, Wagner. (Coord.) *Comentários à Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Brasília: Fortium, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BIELEFELDT, Heiner. *Filosofia dos direitos humanos*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1987.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra, Portugal: Almedina, 2000.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

- FERREIRA, Miguel Vieira. *O Cristo no júri*. Edição comemorativa do 164º aniversário do nascimento do autor e 110º aniversário da primeira edição. Poções, BA: Grafisa Editora, 2001.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Teoria Geral do Estado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Franceses lutam por estado laico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-dez-26/franceses-lutam-estado-laico-nao-exigencia-uso-veu-islamico?imprimir=1>>. Acesso em: 24 jan. 2010.
- FURLAN, Joel. O acordo celebrado entre o Brasil e o Vaticano. In: *Revista APMP*, n. 48, set./dez. 2008, p. 37-41.
- GARCIA, Maria. A Constituição e o ensino religioso nas escolas públicas. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coords.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 235-249.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Estado brasileiro e a Santa Sé: uma abordagem histórico-constitucional. In: *Revista Jurídica Consulex*. n. 305, 30 set. 2009, p. 26-27.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coords.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- \_\_\_\_\_. A inconstitucionalidade das concordatas no Brasil. In: *Revista Jurídica Consulex*. n. 305, 30 set. 2009, p. 32-33.
- MIRANDA, Pontes de. *Democracia, liberdade, igualdade*. Campinas: Bookseller, 2002.
- NIARADI, George Augusto. O Estado laico na dinâmica das relações internacionais. In: *Revista Jurídica Consulex*. n. 305, 30 set. 2009, p. 37.
- PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. *Direito, Estado e Religião: a Constituinte de 1987-1988 e a (re)construção da identidade religiosa do sujeito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte, MG: Argumentvm, 2008.
- REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SANTIAGO, Afonso. *Religión y política: sus relaciones en el actual magisterio de la Iglesia Católica y a través de la historia constitucional argentina*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; SORIANO, Aldir Guedes (Coords.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

SORIANO, Aldir Guedes; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (Coords.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

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

\_\_\_\_\_. Aspectos inconstitucionais do acordo Brasil-Santa Sé. In: *Revista Jurídica Consu-lex*. n. 305, 30 set. 2009, p. 34-35.

TAVARES, André Ramos. Religião e neutralidade do Estado. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FLORIANO, Aldir Guedes (Coords.). *Direito à liberdade religiosa: desafios e perspectivas para o século XXI*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

VIDAL, Dominique. *Exceção francesa*. Disponível em: <<http://diplo.uol.com.br/imprima871>>. Acesso em: 24 jan. 2110.

WHITE, Hilary. *Supremo Tribunal da Itália defende crucifixos e soberania nacional contra Tribunal de Direitos Humanos da Europa*. Disponível em: <<http://noticiasprofamilia.blogspot.com/2010/01/supremo-tribunal-da-italia-defende.html>>. Acesso em: 17 fev. 2010.