

## NOTAS ACERCA DA LIBERDADE RELIGIOSA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

### *NOTES ABOUT RELIGIOUS FREEDOM IN THE BRAZILIAN FEDERAL CONSTITUTION OF 1988*

Ingo Wolfgang Sarlet

Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Professor Titular da Faculdade de Direito da PUCRS. Juiz de Direito no RS.

**Resumo:** O presente artigo apresenta os principais contornos da liberdade religiosa como direito fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988 com destaque para o seu conteúdo e seus limites, especialmente tal qual compreendidos pela doutrina e jurisprudência brasileira.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais; Liberdade religiosa; Constituição Federal de 1988

**Abstract:** This paper discusses the right to religious freedom as a fundamental right in the Brazilian Federal Constitution (1988), focusing its content and limits, mainly as understood in the Brazilian literature and jurisprudence.

**Key words:** Fundamental rights; Religious freedom; Federal Constitution of 1988

**Sumário:** Introdução. 1. A distinção entre liberdade de consciência e liberdade religiosa. 2. A dupla dimensão objetiva e subjetiva das liberdades de consciência e de religião. 3. Conteúdo da liberdade religiosa como direito fundamental. 4. Titulares e destinatários da liberdade religiosa. 5. O problema dos limites e restrições à liberdade religiosa analisado à luz de alguns exemplos. Referências.

#### **INTRODUÇÃO**

As liberdades de consciência, de crença e de culto, as duas últimas usualmente abrangidas pela expressão genérica “liberdade religiosa”, constituem uma das mais antigas e fortes reivindicações do indivíduo. Levando em conta o seu

caráter sensível (de vez que associado à espiritualidade humana) e mesmo a sua exploração política, sem falar nas perseguições e mesmo atrocidades cometidas em nome da religião e por conta da amplamente praticada intolerância religiosa ao longo dos tempos, foi uma das primeiras liberdades asseguradas nas declarações de direitos e uma das primeiras também a alcançar a condição de direito humano e fundamental consagrado na esfera do direito internacional dos direitos humanos e nos catálogos constitucionais de direitos. Não foi, portanto, a toa que um autor do porte de um Georg Jellinek, em famoso estudo sobre a origem da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), chegou a sustentar que a liberdade religiosa, especialmente tal como reconhecida nas declarações de direitos das ex-colônias inglesas na América do Norte, foi a primeira expressão da idéia de um direito universal e fundamental da pessoa humana<sup>1</sup>. Independentemente da posição de Jellinek estar, ou não, correta em toda sua extensão, o fato é que a proteção das opiniões e cultos de expressão religiosa, que guarda direta relação com a espiritualidade e o modo de conduzir a vida dos indivíduos e mesmo de comunidades inteiras, sempre esteve na pauta preferencial das agendas nacionais e supranacionais em matéria de direitos humanos e fundamentais, assim como ocorre na esfera do direito constitucional positivo brasileiro.

Todavia, o modo pelo qual a liberdade de consciência e a liberdade religiosa foram reconhecidas e protegidas nos documentos internacionais e nas constituições ao longo do tempo é bastante variável, especialmente no que diz com o conteúdo e os limites de tais liberdades. Bastaria, para tanto, elencar alguns exemplos que dizem respeito aos documentos supranacionais. De acordo com a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, de 1948, no seu artigo 18, “toda a pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, assim como a liberdade de manifestar a religião ou convicção, sozinho ou em comum, tanto em público como em privado, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pelos ritos”; O *Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos*, de 1966, por sua vez, embora tenha reproduzido em termos gerais o texto da Declaração de 1948, foi mais além, como dá conta a redação do artigo 18º. 1: “toda e qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de ter ou de adotar uma religião ou uma convicção da sua escolha, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individualmente ou conjuntamente com outros, tanto em público como em privado, pelo culto, cumprimento dos ritos, as práticas e o ensino. 2. Ninguém será objeto de pressões que atentem à sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou uma

<sup>1</sup> Cf. Georg Jellinek, *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Tradução de Adolfo Posada, México: UNAM, 2003, especialmente p. 115 e ss.

convicção da sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a sua religião ou as suas convicções só pode ser objeto de restrições previstas na lei e que sejam necessárias à proteção de segurança, da ordem e da saúde públicas ou da moral e das liberdades e direitos fundamentais de outrem. 4. Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos pais e, em caso disso, dos tutores legais a fazerem assegurar a educação religiosa e moral dos seus filhos e pupilos, em conformidade com as suas próprias convicções”, fórmula que, nos seus traços essenciais, foi retomada, no plano regional, pela *Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*, de 1969, cujo artigo 13 dispõe que: 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 como 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”.

Traçando-se uma rápida comparação com outro documento de abrangência regional, mais antigo, no caso a *Convenção Européia de Direitos Humanos*, de 1950, verifica-se que esta não foi tão detalhada quanto o documento americano, que já é posterior ao Pacto Internacional de 1966, portanto, já tomou este como parâmetro. Com efeito, de acordo com o artigo 9º da Convenção Européia: 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. A liberdade de manifestar a sua religião ou convicções, individual ou coletivamente, não pode ser objeto de outras restrições senão as que, previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, à segurança pública, à proteção da ordem, da saúde e moral públicas, ou à proteção dos direitos e liberdades de outrem. Bem mais sintética é a *Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos*, 1981, em matéria de liberdade religiosa, visto que, a teor do artigo 8º, “a liberdade de consciência, a profissão e a prática livre da religião são garantidas. Sob reserva da ordem pública, ninguém pode ser objeto de medidas de constrangimento que visem restringir a manifestação

dessas liberdades”. Por derradeiro, merece registro a *Carta de Direitos Fundamentais da União Européia*, 2000, cujo artigo 10º dispõe que: 1. Todas as pessoas têm direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Este direito implica a liberdade de mudar de religião ou de convicção, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua convicção, individual ou coletivamente, em público ou em privado, através do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos. 2. O direito à objeção de consciência é reconhecido pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício.

Importa, ainda no âmbito do sistema internacional, referir que a liberdade religiosa foi objeto de reconhecimento e proteção por meio de um documento específico, designadamente, da Declaração da ONU sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação baseadas na religião ou na convicção, proclamada pela Assembléia Geral em 1981, mediante a Resolução 36/55.

Embora os fortes elementos em comum, também na esfera dos textos constitucionais se registram significativas diferenças quanto ao modo de positivação da liberdade religiosa, muito embora se cuide de direito amplamente reconhecido na esfera do direito constitucional desde as primeiras declarações de direitos<sup>2</sup>. Voltando-nos diretamente ao exame da evolução constitucional brasileira pretérita, constata-se que a liberdade religiosa se faz presente desde a *Carta Imperial de 1824*, mais precisamente, no artigo 179, inciso V, de acordo com o qual “Ninguém póde ser perseguido por motivo de Religião, uma vez que respeite a do Estado, e não offenda a Moral Publica”, não tendo sido feita referência expressa à liberdade de consciência ou mesmo à objeção de consciência. A *Constituição de 1891*, artigo 72, § 3º, dispunha que “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”, contendo, todavia, uma serie de outros dispositivos que versavam sobre o reconhecimento apenas do casamento civil (artigo 72, § 4º), o caráter secular dos cemitérios e a garantia do acesso para os cultos de todas as ordens religiosas (artigo 72, § 5º), a proibição de subvenções oficiais (públicas) para igrejas ou cultos (artigo 72, § 6º). Embora a Constituição de 1891 não tenha feito uso da expressão liberdade de consciência ou objeção de consciência, ela previa que nenhum cidadão poderia ser privado de seus direitos civis e políticos e nem se eximir do cumprimento de qualquer dever cívico por motivo de crença ou função religiosa (artigo 72, § 28), além de impor a perda dos direitos políticos por parte daqueles que alegassem motivos de crença religiosa para se eximir do cumprimento de obrigação impos-

<sup>2</sup> Cf. por todos, Axel Freiherr von Campenhausen, Religionsfreiheit, in: Josef Isensee e Paul Kirchhof (Org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. VII, C.F. Müller, Heidelberg, 2009, p. 598 e ss.

ta pelas leis da República (artigo 72, § 29). A *Constituição de 1934*, manteve o previsão do caráter secular dos cemitérios, agregando, todavia, que as associações religiosas poderiam manter cemitérios particulares, sujeitos a controle pelo poder público (artigo 113, § 6º). Quanto ao direito à liberdade religiosa este foi enunciado no artigo 113, § 4º, onde consta que “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”, de modo que, pela primeira vez, foi feita referência à liberdade de consciência. Já de acordo com o artigo 122, § 4º, da *Constituição de 1937*, “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”, novamente não havendo menção expressa à liberdade de consciência, que voltou a ser contemplada na *Constituição de 1946*, no artigo 141, § 7º, que dispunha ser “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”, fórmula que, em termos gerais, foi retomada na *Constituição de 1967*, cujo artigo 150, § 5º, dispunha que “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”, tendo sido mantido na íntegra na *Emenda Constitucional nº 1, de 1969* (artigo 153, § 5º).

Já na Constituição Federal de 1988, as liberdades de religião e de consciência foram contempladas em três dispositivos no âmbito do Título dos Direitos e Garantias Fundamentais: a) art. 5º, VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias; b) art. 5º, VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; c) art. 5º, VIII - ninguém será privado de 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 e recusar-se a cumprir prestação alternativa fixada em lei; Dentre os dispositivos constitucionais diretamente relacionados, assumem destaque os seguintes: a) 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; b) art. 143. O serviço militar é obrigatório nos termos da lei; § 1º - às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alis-

tados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política, para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar; c) art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; d) art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais; § 1º - O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental; e) art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

Tanto os dispositivos que dizem com os principais documentos internacionais quanto o marco textual da atual Constituição Federal, desde logo apontam, tal como ocorre em geral no direito comparado, que embora liberdade de consciência e liberdade religiosa apresentem uma forte conexão, sendo inclusive objeto de previsão no mesmo artigo ou no mesmo grupo de disposições textuais, cuida-se de direitos distintos. Assim, antes de avançarmos com o exame da liberdade religiosa propriamente dita, importa, ainda que de modo sumário, iniciar, no próximo segmento, com uma distinção entre liberdade religiosa e liberdade de consciência.

## **1. A DISTINÇÃO ENTRE LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E LIBERDADE RELIGIOSA**

Como já adiantado, embora a liberdade de consciência tenha forte vínculo com a liberdade religiosa, ambas não se confundem e apresentam dimensões autônomas. A liberdade de consciência assume, de plano, uma dimensão mais ampla, considerando que as hipóteses de objeção de consciência, apenas para ilustrar com um exemplo, abarcam hipóteses que não têm relação direta com opções religiosas, de crença e de culto<sup>3</sup>. Bastaria aqui citar o exemplo daqueles que se recusam a prestar serviço militar em virtude de sua convicção (não necessariamente fundada em razões religiosas) de participar de conflitos armados e eventualmente vir a matar alguém. Outro caso, aliás, relativamente frequente, diz

---

<sup>3</sup> Na literatura brasileira v., entre outros, Aldir Guedes Soriano. *Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 11-12, sustentando que a liberdade de consciência é uma liberdade mais ampla do que a liberdade de crença, já que mesmo o descrente possui aquela, e pode exigir sua tutela. Portanto, a liberdade de consciência “abarca tanto a liberdade de se ter como a de não se ter uma religião”. Mais recentemente e para maior desenvolvimento da diferenciação entre a liberdade religiosa e a liberdade de consciência e de pensamento, v. Jayme Weingartner Neto, *Liberdade Religiosa na Constituição*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 79 e ss.

com a recusa de médicos a praticarem a interrupção da gravidez e determinados procedimentos, igualmente nem sempre por força de motivação religiosa.

Assim, amparados na lição de Konrad Hesse, é possível afirmar que a liberdade de crença e de confissão religiosa e ideológica aparece como uma manifestação particular do direito fundamental mais geral da liberdade de consciência, que, por sua vez, não se restringe à liberdade de “formação” da consciência (o foro interno), mas abarca a liberdade de “atuação” da consciência, protegendo de tal sorte para efeitos externos a decisão fundada na consciência, inclusive quando não motivada religiosa ou ideologicamente<sup>4</sup>. Ainda de acordo com Konrad Hesse, é nisso que se corporifica a negação, pela ordem constitucional, de uma intervenção estatal no que diz com a definição do que é verdadeiro ou correto, de modo a assegurar a cada indivíduo a proteção da sua personalidade espiritual e moral e garantir a livre discussão e formação do consenso sobre o que é certo ou errado<sup>5</sup>.

Considerada em separado, a liberdade de consciência pode ser definida, com Jayme Weingartner Neto, como a faculdade individual de auto-determinação no que diz com os padrões éticos e existenciais das condutas próprias e alheias e a total liberdade de autopercepção em nível racional ou mítico-simbólico, ao passo que a liberdade religiosa (ou de religião) engloba no seu núcleo essencial tanto a liberdade de ter, quanto a de não ter ou deixar de ter uma religião, desdobrando-se em diversas outras posições fundamentais, que serão, pelo menos em parte, objeto de atenção logo adiante<sup>6</sup>.

Particularmente relevante para efeitos de proteção da liberdade religiosa, mas também para a diferenciação entre esta e a liberdade de consciência, assume relevo a própria definição do que se considera uma religião. Desde logo há que reconhecer o acerto da lição de Erwin Chemerensky, para que parece impossível formular uma definição de religião que englobe a ampla gama de crenças espirituais e práticas que se fazem presentes em uma sociedade plural como é a do Brasil (registre-se que embora o autor esteja a se referir aos Estados Unidos da América, a afirmação, ainda que talvez não na mesma dimensão, aplica-se ao Brasil), pois não há uma característica particular ou um plexo de características que todas as religiões tenham em comum, a fim de que possa ser possível defini-la(s) como religião (ões), definição ampla que se revela particularmente importante para maximizar a proteção das manifestações religiosas.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Cf. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20<sup>a</sup> ed., Heidelberg: C.F. Müller, 1995, p. 168.

<sup>5</sup> Cf. Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., p. 168.

<sup>6</sup> Cf. Jayme Weingartner Neto, *Liberdade Religiosa na Jurisprudência do STF*, in: Daniel Sarmiento e Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.), *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 481-82.

<sup>7</sup> Cf. Erwin CHEMERINSKY, *Constitutional law: principles and policies*. 3rd edition. New York: Aspen,

Por outro lado, até mesmo para preservar a diferença entre liberdade de consciência e liberdade religiosa e assegurar uma devida aplicação de ambas (especialmente no que diz com sua proteção), na condição de direitos fundamentais, não se poderá ampliar em demasia o conceito de religião, ainda mais quando está em causa também o reconhecimento e proteção da dimensão institucional da liberdade religiosa, ou seja, das Igrejas e locais de culto, o que será objeto de atenção logo mais adiante.

## **2. A DUPLA DIMENSÃO OBJETIVA E SUBJETIVA DAS LIBERDADES DE CONSCIÊNCIA E DE RELIGIÃO**

Tanto a liberdade de consciência quanto a liberdade religiosa, tal como os demais direitos fundamentais, apresentam uma dupla dimensão subjetiva e objetiva. Na condição de direitos subjetivos, elas, aqui ainda em termos muito gerais, asseguram tanto a liberdade de confessar (ou não) uma fé ou ideologia, quanto geram direitos à proteção contra perturbações ou qualquer tipo de coação oriunda do Estado ou de particulares<sup>8</sup>. Já como elementos fundamentais da ordem jurídico-estatal objetiva, tais liberdades fundamentam a neutralidade religiosa e ideológica do Estado, como pressuposto de um processo político livre e como base do Estado Democrático de Direito<sup>9</sup>. Dessa dupla dimensão subjetiva e objetiva decorrem tanto direitos subjetivos tendo como titulares tanto pessoas físicas quanto jurídicas (neste caso, apenas a liberdade religiosa e não quanto a todos os seus aspectos), quanto princípios, deveres de proteção e garantias institucionais que guardam relação com a dimensão objetiva<sup>10</sup>, tudo conforme ainda será objeto de maior desenvolvimento.

Por outro lado, no que diz especificamente com a neutralidade religiosa e ideológica do Estado, esta se constitui, especialmente no tocante ao aspecto religioso, em elemento central das ordens constitucionais contemporâneas, mas com raízes na vertente do constitucionalismo, especialmente de matriz francesa, o que foi incorporado à tradição brasileira a contar da Constituição Federal de 1891. Na CF de 1988, tal opção (do Estado laico) encontra sua previsão expressa no já referido artigo 19, da CF, que veda aos entes da Federação que estabeleçam, subvencionem ou embaracem o funcionamento de cultos religiosos ou igrejas.

A referência feita a Deus no Preâmbulo da CF, além de não ter caráter normativo, não compromete o princípio da neutralidade religiosa do Estado<sup>11</sup>, que, por sua vez,

---

2006, p. 1187

<sup>8</sup> Cf. Konrad Hesse, *Grundzüge*, cit., p. 167.

<sup>9</sup> Cf. Konrad Hesse, *Grundzüge*, cit., p. 167.

<sup>10</sup> Jayme Weingartner Neto, *Liberdade Religiosa na Jurisprudência do STF*, cit., p. 482.

<sup>11</sup> No âmbito da jurisprudência do STF, destaca-se o julgamento da ADIn nº 2.076 de 08/08/2003, proposta pelo Partido Social Liberal, que ajuizou ação direta de inconstitucionalidade em face da

não implica – ainda mais consideradas as peculiaridades da ordem constitucional brasileira – um total distanciamento por parte do Estado da religião, distanciamento que – na acepção de André Ramos Tavares que aqui se partilha – sequer se revela como sendo desejável<sup>12</sup>. Com efeito, como bem pontua Jorge Miranda, há que distinguir entre laicidade e separação (no sentido de independência) entre Estado e Igreja (e comunidades religiosas em geral) de laicismo e de uma postura de menosprezo e desconsideração do fenômeno religioso (das religiões e das entidades religiosas) por parte do Estado, pois uma coisa é o Estado não professar nenhuma religião e não assumir fins religiosos, mantendo uma posição equidistante e neutra, outra coisa é assumir uma posição hostil em relação à religião e mesmo proibitiva da religiosidade<sup>13</sup>.

Importa destacar, que o laicismo e toda e qualquer postura oficial (esta-tal) hostil em relação à religião revela-se incompatível tanto com o pluralismo afirmado no Preâmbulo da CF, quanto com uma noção inclusive de dignidade da pessoa humana e liberdade de consciência e de manifestação do pensamento, de modo que a necessária neutralidade se assegura por outros meios, tal como bem o demonstra o disposto no artigo 19, I, bem como um conjunto de limites e restrições à liberdade religiosa, aspecto que aqui não será desenvolvido. Nesse sentido, há quem sustente mesmo que uma estrita e radical separação entre Igreja e Estado seria, em certa medida, até mesmo incompatível com o reconhecimento da liberdade religiosa como direito fundamental<sup>14</sup>. De todo modo, o que se verifica é que outras manifestações podem ser extraídas da CF, no sentido de uma postura aberta e sensível para com as religiões, sem que com isso se esteja a assumir (do ponto de vista do papel e posição do Estado) qualquer compromisso com determinada religião e igreja, o que pode ser ilustrado com os exemplos da previsão, ainda que em caráter facultativo, de ensino religioso em escolas públicas de ensino fundamental (artigo 210, § 1º, CF) e a possibilidade de reconhecimento de efeitos civis ao casamento religioso (artigo 226, §§ 1º e 2º).

### 3. CONTEÚDO DA LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Também a liberdade religiosa deve ser compreendida como um direito fundamental em sentido amplo, que se decodifica, no âmbito de sua dimensão sub-

---

Assembléia Legislativa do Estado do Acre por omissão da expressão “sob a proteção de Deus” no preâmbulo da Constituição Estadual. Alegou o requerente que o preâmbulo da Constituição Federal integraria o seu texto, possuindo suas disposições verdadeiro valor jurídico. O STF, todavia, entendeu que ao Preâmbulo não assiste qualquer *relevância* jurídica, destacando que o Estado brasileiro é laico, sendo vedada a distinção entre deístas, agnósticos ou ateístas.

<sup>12</sup> Cf. André Ramos Tavares, Curso de Direito Constitucional, cit., p. 606.

<sup>13</sup> Cf. Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, cit., p. 448-49.

<sup>14</sup> Cf. Axel Freiherr von Campenhausen, Religionsfreiheit, op. cit., p. 599.

jetiva e objetiva, em um complexo diferenciado de efeitos jurídicos objetivos e de posições jurídicas subjetivas<sup>15</sup>.

Como direito subjetivo a liberdade religiosa opera tanto como direito de defesa, portanto, de cunho negativo, quanto como direito a prestações (direito “positivo”) fáticas e jurídicas, muito embora, como já frisado, a dimensão subjetiva não possa ser reduzida a um único tipo de posições negativas ou positivas. Aqui não teremos condições senão as de selecionar alguns exemplos, notadamente os que têm assumido maior relevância em termos teóricos e práticos na ordem constitucional brasileira, remetendo, para uma análise mais minuciosa, à literatura especializada<sup>16</sup>.

Na sua condição de direito negativo, a liberdade religiosa desdobra-se, numa primeira aproximação quanto ao seu conteúdo, em uma liberdade de crença, que diz com a faculdade individual de optar por uma religião ou de mudar de religião ou de crença, ao passo que a liberdade de culto, que guarda relação com a exteriorização da crença, diz com os ritos, cerimônias, locais e outros aspectos essenciais ao exercício da liberdade de religião e de crença<sup>17</sup>. Também a liberdade de associação e de organização religiosa encontra-se incluída no âmbito de proteção da liberdade religiosa, de tal sorte que ao Estado é vedado, em princípio, interferir na esfera interna das associações religiosas<sup>18</sup>.

Importa frisar que como se dá de modo geral no domínio dos direitos de liberdade, também a liberdade religiosa assume a condição de uma liberdade simultaneamente negativa e positiva, visto que assegura a faculdade de não professar alguma crença ou praticar algum culto ou ritual (liberdade negativa, de não exercício) quanto assegura que o Estado e terceiros (particulares) não impeçam – salvo nos limites da própria ordem constitucional – o exercício das diversas manifestações da liberdade religiosa (liberdade positiva)<sup>19</sup>.

Na sua condição como direito positivo, podem também ser destacadas várias manifestações. Assim, em caráter ilustrativo, verifica-se que o art. 5º, VII, da CF, assegura, ‘nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades

---

<sup>15</sup> Cf., por todos, na literatura brasileira, Jayme Weingartner Neto, *Liberdade Religiosa na Constituição*, cit., p. 72 e ss., apresentando um pioneiro, original e analítico catálogo de posições fundamentais vinculadas à liberdade religiosa.

<sup>16</sup> Cf., em especial, o já referido inventário de posições subjetivas sugerido por Jayme Weingartner, *Liberdade Religiosa na Constituição*, cit., p. 72 e ss.

<sup>17</sup> Aldir Guedes Soriano. *Liberdade Religiosa no Direito Constitucional e Internacional*, op. cit., p. 12-13.

<sup>18</sup> Sobre o tema, v. a monografia de Aloisio Cristovam dos Santos Junior, *A Liberdade de organização religiosa e o Estado laico brasileiro*, São Paulo: Editora Mackenzie, 2007, especialmente p. 59 e ss.

<sup>19</sup> Cf., por todos, Axel Freiherr von Campenhausen, *Religionsfreiheit*, op. cit., p. 654-655.

civis e militares de internação coletiva'. Quanto a tal aspecto, entende-se que o Estado não pode impor aos internos sob sua responsabilidade nessas entidades, o atendimento a serviços religiosos (o que violaria a liberdade de professar uma religião e de participar ou não dos respectivos cultos), mas deve sim colocar à disposição o acesso efetivo ao exercício da liberdade de culto e de crença aos que assim desejarem<sup>20</sup>.

A liberdade religiosa engloba tanto direitos individuais e direitos coletivos de liberdade religiosa, pois além dos direitos individuais de ter, não ter, deixar de ter, escolher uma religião (entre outras manifestações de caráter individual), existem direitos coletivos, cuja titularidade é das Igrejas e organizações religiosas, direitos que dizem com a auto-organização, autodeterminação, direito de prestar o ensino e a assistência religiosa, entre outros<sup>21</sup>, aspectos que, por sua vez, são relacionados ao problema da titularidade e dos destinatários do direito fundamental.

#### **4. TITULARES E DESTINATÁRIOS DA LIBERDADE RELIGIOSA**

Titulares da liberdade religiosa são, em primeira linha, as pessoas físicas, incluindo os estrangeiros não residentes, pois, dada a sua conexão com a liberdade de consciência e dignidade da pessoa humana, aplica-se aqui o princípio da universalidade. Cuida-se tanto de um direito humano quanto de um direito fundamental<sup>22</sup>. Como a liberdade religiosa contempla uma dimensão institucional e abarca a liberdade de organização religiosa, naquilo que for compatível, cuida-se também de direito das pessoas jurídicas, ainda que as pessoas jurídicas não sejam titulares, por exemplo, do direito de professar, ou não, uma religião<sup>23</sup>. Quanto aos destinatários, em que pese seja também aqui o Estado o principal destinatário, vinculado que está (diretamente) às normas de direitos fundamentais e mesmo aos deveres de proteção estabelecidos pela CF, o direito de liberdade religiosa projeta-se nas relações privadas, o que se pode dar de maneira direta e indireta. Apenas em caráter ilustrativo, bastaria aqui recordar do ambiente de trabalho e escolar, onde também o empregador, os demais empregados, os professores e a entidade de ensino (portanto tanto na perspectiva das pessoas físicas quando

<sup>20</sup> Cf. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, Curso de Direito Constitucional, cit., p. 358.

<sup>21</sup> Cf., por todos, J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, op. cit., p. 611-12. No mesmo sentido, v. Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, op. cit., p. 447 e ss.

<sup>22</sup> Cf., por todos, Axel Freiherr von Campenhausen, Religionsfreiheit, op. cit., p. 644.

<sup>23</sup> Cf. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, op. cit., p. 611-12 e 617.

das pessoas jurídicas) devem abster-se de intervir no âmbito da livre opção religiosa, salvo para assegurar o exercício do mesmo direito por parte de outros trabalhadores ou alunos (estudantes) ou mesmo para a proteção de outros direitos. A liberdade de consciência e a liberdade religiosa podem, portanto, operar como limites ao poder de direção do empregador e da empresa, dos professores e escolas e mesmo em outras situações nas quais se coloca o problema.

Por evidente que a medida da vinculação tanto do poder público quanto dos particulares à liberdade religiosa dependerá tanto da dimensão particular de tal liberdade que estiver em causa, quanto de uma maior ou menor afinidade com os modelos de uma eficácia direta ou indireta dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas, temática que aqui não será desenvolvida.

## **5. O PROBLEMA DOS LIMITES E RESTRIÇÕES À LIBERDADE RELIGIOSA ANALISADO À LUZ DE ALGUNS EXEMPLOS**

Embora sua forte conexão com a dignidade da pessoa humana, a liberdade religiosa, mas também a liberdade de consciência, notadamente naquilo em que se projeta para o exterior da pessoa<sup>24</sup>, é um direito fundamental sujeito a limites e restrições. Modalidade que é da liberdade expressão (manifestação do pensamento) e especialmente da liberdade de consciência (que é mais ampla), a liberdade religiosa, embora como tal não submetida a expressa reserva legal (no artigo 5º, VI, a CF estabelece ser inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos), encontra limites em outros direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana, o que implica, em caso de conflito, cuidadosa ponderação e atenção, entre outros aspectos, aos critérios da proporcionalidade. Já a proteção aos locais de culto (como dever estatal que é) e a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, são, nos termos da CF, sujeitos a regulamentação legal (v., para a prestação de assistência religiosa, o caso das Leis 6.923/1981 e 9.982/2000), mas a legislação deverá, de qualquer modo, atender aos critérios da proporcionalidade e não poderá em hipótese alguma afetar o núcleo essencial do direito de liberdade religiosa e esvaziar a garantia da organização religiosa<sup>25</sup>. Por outro lado, a própria CF estabelece limites para a liberdade religiosa e de consciência, quando, no artigo 5º, VIII, dispõe que “ninguém será privado de di-

<sup>24</sup> Cf., por todos, Jean-Jacques Israel, *Direitos das liberdades fundamentais*. Trad. por Carlos Souza Barueri: Manole, 2005, p. 497-502, as liberdades de pensamento de consciência e de religião, interiorizadas, por sua vez, são absolutas, de tal sorte que apenas seu exercício pode suscitar discussões e justifica que sejam fixados limites.

<sup>25</sup> Sobre os limites e restrições em matéria de liberdade religiosa, v., no Brasil e por todos, Jayme Weingartner Neto, *Liberdade Religiosa na Constituição*, op. cit., p. 187 e ss.

reitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei". O postulado do Estado laico (melhor formulado como postulado da neutralidade estatal em matéria religiosa), por sua vez, também interfere no exercício da liberdade religiosa, pois o poder público não poderá privilegiar determinada orientação religiosa, ainda que majoritária, como, por exemplo, se verifica na discussão em torno da colocação, ou não, de crucifixo em escolas e repartições públicas, que tem dividido a doutrina e a jurisprudência no Brasil e no direito comparado e internacional. Que a resposta correta depende de muitos fatores, inclusive e especialmente do marco do direito constitucional positivo, resulta evidente, embora nem sempre seja bem observado. A existência de uma tradição de tolerância e mesmo aceitação do uso de determinados símbolos religiosos ou mesmo de datas e feriados religiosos vinculados a uma orientação religiosa amplamente majoritária, sem que com isso se verifique uma intervenção desproporcional no exercício de liberdade negativa e positiva de religião por parte das demais correntes igualmente constitui critério relevante a ser observado, como, aliás, decidiu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos no importante e recente caso *Lautsi* contra a Itália, julgado em caráter definitivo em 2011, no sentido de que os Estados que ratificaram a Convenção Europeia dos Direitos Humanos possuem uma liberdade de ação quanto a opção de manterem, ou não, o crucifixo em prédios do poder público e que não se configura no caso uma violação da liberdade religiosa<sup>26</sup>. Assim, embora a existência de decisões de Tribunais Constitucionais pela retirada do crucifixo, como foi o caso do famoso julgado do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 1995<sup>27</sup>, ou mesmo a recente e polêmica decisão administrativa do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do RS, que, mediante provocação de entidade não governamental e não religiosa, igualmente decidiu pela retirada do crucifixo dos prédios do Poder Judiciário Gaúcho<sup>28</sup>, é possível argumentar que não se trata necessariamente da única ou mesmo melhor resposta possível, mesmo e em especial no caso da ordem constitucional brasileira. De todo modo, não será aqui

---

<sup>26</sup> Em virtude de recurso apresentado perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (2006) pela Sra. Soile Lautsi (nacionalidade finlandesa, o que aponta justamente para a titularidade universal da liberdade religiosa) contra decisão do Estado Italiano, uma Câmara da Segunda Seção do Tribunal Europeu, em 03.11.2009, acolheu o recurso e condenou a Itália por violação da Convenção Europeia de Direitos Humanos, em virtude da manutenção de crucifixos em escolas públicas. Todavia, por força de uma apelação operada pela Itália, a assim chamada *Grand Chambre* do Tribunal Europeu, por maioria esmagadora de 15 votos contra 02, reformou a decisão em 18.03.2011, entendendo, entre outros argumentos, que o crucifixo é um símbolo passivo e que não exerce uma influência direta sobre a liberdade religiosa de pessoas não-cristãs.

<sup>27</sup> Cf. BVerfGE 93, p. 1 e ss.

<sup>28</sup> Decisão de 06.03.2012, Relator Des. Cláudio Maciel (decisão tomada por unanimidade).

que teremos condições de aprofundar o exame da questão.

Por sua vez, os conflitos da liberdade religiosa com outros direitos fundamentais e bens jurídico-constitucionais são múltiplos. Assim, podem, a depender do caso, ser justificadas restrições quanto ao uso da liberdade religiosa para fins de prática do curandeirismo e exploração da credulidade pública, especialmente quando com isso se estiver incorrendo em prática de crime ou afetando direitos de terceiros ou interesse coletivo<sup>29</sup>.

Situação que já mereceu atenção da doutrina e jurisprudência no plano nacional e internacional diz com o conflito entre a liberdade de consciência e de crença com os direitos à vida e à saúde, como se verifica de forma particularmente aguda no caso dos integrantes da comunidade religiosa das “Testemunhas de Jeová”, cujo credo proíbe transfusões de sangue. Se para o caso de menores de idade se revela legítima a intervenção estatal para, em havendo manifestação contrária dos pais ou responsáveis, determinar o procedimento médico quando tido como indispensável, no que se verifica substancial consenso, é pelo menos questionável que se queira impor a pessoas maiores e capazes algo que seja profundamente contrário às suas convicções, por mais que tais convicções sejam resultado de um processo de formação que se inicia na mais tenra idade. De qualquer sorte, quanto ao caso das pessoas maiores e capazes, não existe uma orientação definida, havendo entendimentos em ambos os sentidos<sup>30</sup>.

Outro tema de relativo impacto no direito comparado, mas com importantes reflexos no Brasil, é o que trata do conflito entre liberdade religiosa e a proteção dos animais. Ainda que não se atribua aos animais a titularidade de direitos subjetivos, o fato é que existe um dever constitucional de proteção da fauna, que, pelo menos em princípio, poderá justificar restrições ao exercício de direitos fundamentais, incluindo a liberdade religiosa. Se na Alemanha (apenas para referir

---

<sup>29</sup> Nesse sentido, v. o precedente do STF representado pelo RMS nº16.857, Relatoria de Min. Eloy da Rocha, julgado em 22/10/1969, que versa sobre recurso em mandado de segurança impetrado em face de ato da Delegacia de Polícia de Costume de Belo (MG) consistente na apreensão de bens da Igreja Evangélica Pentecostal “O Brasil para Cristo” e na proibição do exercício do culto religioso. A constrição foi justificada na existência de exploração da credulidade pública, eis que dois pastores estariam anunciando publicamente a cura de “enfermos e aleijados, através do ‘milagre da benção e da oração da fé’”. Legitimou-se, na ocasião, o poder de polícia para “evitar a exploração da credulidade pública”, deferindo-se, contudo, o *writ* em parte, a fim de assegurar tão-somente o exercício de culto religioso, “enquanto não contrariar a ordem pública e os bons costumes” (Acerca do crime de curandeirismo e liberdade religiosa, ver ainda RHC nº 62.240, Rel. Min. Francisco Rezek, julgado em 13/12/1984)

<sup>30</sup> Sobre o tópico, com uma atualizada amostra em termos de decisões judiciais no Brasil e exterior e uma boa síntese da discussão, v., por todos, Fábio Carvalho Leite, “Liberdade de crença e objeção à transfusão de sangue por motivos religiosos”, in: Daniel Sarmiento e Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.), Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica, Rio de Janeiro: lumen Juris, 2011, op. cit., p. 449-479.

um exemplo) o Tribunal Constitucional Federal entendeu que deveria prevalecer a liberdade de profissão em combinação com a liberdade religiosa, tendo em conta que se tratava de caso envolvendo açougueiro turco, adepto do ramo sunita do islamismo, que teve o seu estabelecimento interditado pela autoridade administrativa por estar abatendo animais para consumo sem a prévia sedação<sup>31</sup>, no Brasil a hipótese seguramente mais freqüente é a que envolve os rituais afro-brasileiros do Candomblé e da Umbanda<sup>32</sup>, onde também são sacrificados animais. A respeito de tal prática, encontra-se decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, em sede de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, declarou a legitimidade constitucional de lei estadual que admite a prática do abate para fins religiosos, desde que mediante consideração dos aspectos levando em conta a saúde pública e a proibição de crueldade com os animais<sup>33</sup>, decisão da qual foi interposto recurso ao STF<sup>34</sup>, que ainda não julgou a matéria<sup>35</sup>.

A liberdade religiosa (incluindo a liberdade de culto e de organização religiosa) também pode entrar em conflito com a própria liberdade de expressão e comunicação, inclusive a liberdade artística, como se verifica no caso de charges ofensivas a determinada orientação ou prática religiosa, ou mesmo obras literárias e outras formas de expressão. Problemas como o proselitismo no ambiente do trabalho ou mesmo o assédio religioso, a possibilidade de distribuição de panfletos e outros meios de divulgação da crença em espaços públicos, a possibilidade do uso do véu ou outros símbolos religiosos em estabelecimentos de ensino ou no local de trabalho, a legitimidade constitucional dos feriados religiosos e a discussão em torno de o quanto a objeção de consciência, especialmente por motivos religiosos, deve assegurar a realização de provas e concursos públicos em horário apartado, são apenas alguns dos conflitos e problemas de interpretação que se tem oferecido ao debate na esfera da Política e do Direito, resultando em decisões judiciais nem sempre simétricas quando se observa o cenário internacional. Todavia, não sendo o caso de aqui desenvolver tais questões, remete-se aqui à literatura especializada<sup>36</sup>. O nosso intento foi apenas o de traçar algumas

<sup>31</sup> Cf. BVerfGE 104, 337.

<sup>32</sup> Cf., por todos, Manoel Jorge Silva Neto, "A proteção constitucional da liberdade religiosa", in: Revista de Informação Legislativa n° 160, out.-dez. 2003, p. 120 e ss., que fala em uma "liberdade de sacrifício de animais no ritual".

<sup>33</sup> Cf. ADin n° 70010129690, Rel. Des. Araken de Assis, julgada em 18.04.2005.

<sup>34</sup> Cf. RE 494601, Rel. Min. Marco Aurélio, com parecer do Procurador-Geral da República no sentido do desprovimento ou provimento parcial do recurso, se modo a preservar os rituais religiosos.

<sup>35</sup> Na doutrina brasileira, v., por todos, Jayme Weingartner Neto, *Liberdade Religiosa na Constituição*, op. cit., p. 279 e ss.

<sup>36</sup> No âmbito do direito brasileiro, v., por todos, Jayme Weingartner Neto, *Liberdade Religiosa na Constituição*, op. cit., p. 187 e ss., bem como, por último, do mesmo autor, "Liberdade Religiosa na

considerações sobre o conteúdo da liberdade religiosa como direito fundamental na perspectiva da CF de 1988, na esperança de que a singeleza do texto ainda assim permita que dele se possa fazer algum uso para a teoria e prática da liberdade religiosa no Brasil.

## REFERÊNCIAS

Campanhausen, Axel Freiherr von. Religionsfreiheit, in: Josef Isensee e Paul Kirchhof (Org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. VII, C.F. Müller: Heidelberg, 2009.

Chemerinsky, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. 3rd edition. New York: Aspen, 2006.

Hesse, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20ª ed., Heidelberg: C.F. Müller, 1995.

Israel, Jean-Jacques. *Direitos das liberdades fundamentais*. Trad. por Carlos Souza. Barueri: Manole, 2005.

Jellinek, Georg. *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Tradução de Adolfo Posada, México: UNAM, 2003.

Leite, Fábio Carvalho. *Liberdade de crença e objeção à transfusão de sangue por motivos religiosos*. in: Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.), *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Santos Junior, Aloisio Cristovam dos. *A Liberdade de organização religiosa e o Estado laico brasileiro*, São Paulo: Editora Mackenzie, 2007.

Silva Neto, Manoel Jorge, A proteção constitucional da liberdade religiosa, in: *Revista de Informação Legislativa*, nº 160, out.-dez. 2003.

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

Weingartner Neto, Jayme. *Liberdade Religiosa na Constituição*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

Weingartner Neto, Jayme. *Liberdade Religiosa na Jurisprudência do STF*, in: Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Sarlet (Coord.), *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

---

Jurisprudência do STF", op. cit., especialmente p. 488 e ss., apresentando um excelente e atualizado inventário da jurisprudência do STF (p. 494 e ss.).