

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 635

(Ano VIII)

(15/6/2016)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2016

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO/ESP) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional Universidade
Granda/Espanha.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/Montreal/Canadá): **SERGIMAR
MARTINS DE ARAÚJO** - Advogado com
mais de 10 anos de experiência. Especialista
em Direito Processual Civil Internacional.
Professor universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF/Argentina): Doutor em
Ciências Jurídicas e Sociais pela
Universidad del Museo Social Argentino -
UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília – DF*.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



15/06/2016 Alexandre Triches
» [Reforma na Previdência](#)

ARTIGOS

15/06/2016 Maria Eduarda Gomes Cunha

» [Inconstitucionalidade do artigo 165-a da Lei nº 13.281/2016](#)

15/06/2016 Adriano Manhezi de Oliveira

» [A discriminação instituída pelo Código Civil de 2002 em relação ao companheiro na sucessão hereditária](#)

15/06/2016 Pedro Paulo Montedonio

» [Depósito judicial integral do débito tributário não enseja o benefício da denúncia espontânea - o custo de conformidade e o custo administrativo](#)

15/06/2016 Phablo Freire Paiva

» [A \[in\]eficácia do princípio da laicidade em face de atos estatais atentatórios à garantia constitucional de equidistância a todas as manifestações religiosas](#)

15/06/2016 Bruno Alves Câmara

» [A União Estável Concomitante na perspectiva da jurisprudência e doutrina pátrias](#)

15/06/2016 Paulo Roberto Almeida e Silva

» [A prescritibilidade da ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil e o STF. Análise do RE 669.069/MG](#)

REFORMA NA PREVIDÊNCIA

ALEXANDRE TRICHES: Advogado.
Especialista em Direito Previdenciário.

Mais uma vez a história se repete: vivemos uma crise econômica e fiscal e anuncia-se a necessidade de uma nova reforma na Previdência. O discurso não mudou em nada: precisamos reduzir o déficit da Previdência Social e garantir a sustentabilidade do sistema para as novas gerações.

Segundo dados do Governo, o rombo da Previdência Social é real e permanece aumentando, pois o sistema brasileiro é muito benéfico, possuindo inúmeras distorções. Corriqueiramente, ouvimos declarações de que nosso sistema precisa se adequar à realidade internacional, principalmente a europeia, que passou por uma forte onda reformista nos últimos 10 anos.

Não vejo como concordar integralmente com esse discurso. Ele é parcial e equivocado. Não podemos comparar a realidade do Brasil, enquanto país continental, com alta carga tributária e com mais de 200 milhões de pessoas, com o cotidiano dos países europeus. Estes, via de regra, minúsculos, são muitos vezes menores do que alguns estados de nossa Federação. Além disso, o padrão de bem-estar social europeu é substancialmente superior ao brasileiro, e permite uma base para o debate completamente diferente da nossa.

Mas vamos além. Dados confiáveis, tais como aqueles divulgados pela Fundação ANFIP (Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil), no estudo denominado Análise da Seguridade Social, demonstram que o

sistema é superavitário (renda maior do que a despesa). Que o discurso do déficit é falacioso, pois se origina no desrespeito ao artigo 165 da Constituição Federal de 1988 que prevê a criação no âmbito da União de três orçamentos. Que por meio da DRU (Desvinculação de Receitas da União) os governos têm feito uso do de valores do orçamento da Seguridade Social para cobrir déficits da União.

Não há dúvidas de que o sistema previdenciário brasileiro precisa de inúmeros ajustes. Não é crível que um trabalhador se aposente com menos de 50 anos de idade, principalmente considerando, atualmente, a larga expectativa de vida de homens e mulheres no Brasil. As necessidades de adequações nos benefícios por incapacidade, nas pensões por morte, no salário-maternidade, dentre outros benefícios, também são prementes. Só não podemos concordar com os discursos que não sejam embasados na realidade dos números e que induzem a população para um cenário de conflito.

Acreditamos, como representantes da advocacia social, que as eventuais modificações do sistema sejam realizadas enquanto medidas de estado, e não de governo, com a responsabilidade de escutar todos os setores envolvidos que porventura sejam afetados com as mudanças, respeitando o direito adquirido e, principalmente, de forma razoável, a expectativa de direitos. Estes me parecem ser aspectos relevantes. E o que é principal: não esquecermos o papel relevante que a Previdência Social desempenha na efetivação dos mínimos sociais para milhões de brasileiros nesta nossa República Inacabada.

INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 165-A DA LEI Nº 13.281/2016

MARIA EDUARDA GOMES CUNHA:Estagiária no escritório de advocacia Machado Advogados (período de 15 de outubro de 2013 à 25 de fevereiro de 2014) , posteriormente na 2ª Vara Cível do Fórum de Fernandópolis (período de 22 de agosto de 2014 à 25 de fevereiro de 2015) e atualmente no Escritório de Advocacia Milton Edgard, cursando o 9ª semestre de Direito na Universidade Camilo Castelo Branco - Campus Fernandópolis.

Professor orientador:

ANDRÉ DE PAULA VIANA

RESUMO: O presente artigo foi elaborado a partir de pesquisas bibliográficas, tendo como objetivo debater a inconstitucionalidade do artigo 165-A da Lei de 13.281/2016, intitulada como a nova Lei de Trânsito, sustentando, em síntese, que o dispositivo constitucional previsto no artigo 5º, LXII, da Constituição Federal protege o indivíduo de não ser considerado culpado por um ato delituoso até que a sentença penal condenatória transite em julgado. Ademais, elucida que as sanções descritas no art. 165-A da Lei de Trânsito violam ainda o que dispõe o artigo 5º, LXIII, referindo-se a prerrogativa do indivíduo de não ser obrigado a fornecer qualquer tipo de informação, declaração, dado, objeto ou prova que o incrimine, seja direta ou indiretamente.

Palavras-chave: violação; princípios; autoincriminação; inocência; trânsito.

ABSTRACT: This article was prepared from literature searches, aiming to discuss the unconstitutionality of Article 165 -A of Law 13,281 / 2016, titled the new Traffic Law, arguing, in essence, that

the constitutional provision provided for in Article 5, LXII of the Constitution protects the individual not to be found guilty of a penal offense until the criminal sentence conviction becomes final. Moreover, elucidates that the sanctions described in the art. 165 -A of the Traffic Act also violate the provisions of article 5, LXIII , individual prerogative of the referring not be required to provide any information , statement , data, object or evidence that incriminates , either directly or indirectly.

Keywords: rape; principles; self-incrimination; innocence; traffic.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Lei de Trânsito e suas modificações. 1.1 Artigo 165 – Lei 9.503/97. 1.2 Artigo 165–A – Lei 13.281/2016. 2. Violações. 2.1 Princípio da Presunção de Inocência. 2.2 Princípio da Não Autoincriminação. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Neste artigo temos como principal objetivo dissertar sobre a Lei 13.281 de 2016 que altera disposições do Código de Trânsito Brasileiro, tal lei que desde sua apresentação tem desencadeado diversas discussões, que levam a crer que esta traz dispositivos que ferem a nossa lei maior, a Constituição Federal.

Dentre os dispositivos que alteram o Código de Trânsito Brasileiro, está o que institui o artigo 165-A, que em síntese prevê sanções administrativas para os condutores de veículos que se recusarem a ser submetidos a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa.

Em uma análise geral do novo dispositivo vislumbramos a inconstitucionalidade trazida no ato de punir o condutor que se recusar a ser submetidos aos testes e exames descritos acima.

Tal previsão de punição fere garantias constitucionais previstas no artigo 5º, incisos LVII (princípio da presunção de inocência) e LXII (princípio da não autoincriminação) Tem se ainda que o princípio da não autoincriminação é previsto tanto no direito interno como no direito internacional. Alguns aspectos acham-se expressamente previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH (art. 8º, 2, "g") e no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos - PIDCP (art. 14, 3, "g").

Afinal, é cedido que em nosso direito pátrio o princípio da presunção de inocência é visto como direito fundamental do indivíduo e, em consonância com o disposto no Pacto de San Jose da Costa Rica, consequência natural do princípio que veda a autoincriminação.

Com efeito, esses princípios asseguram que ninguém poderá ser compelido a produzir prova em seu desfavor e a negativa não pode servir de presunção para aplicação de penalidade, muito menos de presunção de culpa em delito, seja ele qual for.

Diante da prática de uma conduta ilícita, caberia ao Estado, e somente a ele, por meios completamente lícitos que não firmam nossa Carta Magna, produzir as provas incriminadoras da conduta do agente, não podendo este ser acusado ou ser compelido a produzir prova em seu próprio desfavor.

Pois bem, por força destes princípios é que ninguém poderá ser compelido à, por exemplo, se submeter ao exame de etilômetro (bafômetro) ou fornecer material sanguíneo para realização do exame para comprovar a ingestão de substâncias psicoativas. A submissão a tais procedimentos somente pode ocorrer com manifestação voluntariaria do interessado, sob pena de nulidade da prova.

Por todo o exposto, após o termino do período de vacância a Lei 13.281 de 2016 entrará em vigor e com isso estará violando os preceitos neste artigo abordados, que de forma clara e explicita se encontram contidos na Constituição deste país.

LEI DE TRÂNSITO E SUAS MODIFICAÇÕES

Em nosso país, em meados de 1910 foi regulamentado o primeiro decreto a regulamentar o trânsito e relações dele advindas (Decreto nº 8.324), tratando especificamente sobre os serviços de transporte por automóveis.

Já em 1922 foi criado o Decreto Legislativo nº 4.460 de 1922 (BRASIL, 1922), que basicamente passou a proibir condutas, priorizando a construção de novas estradas, bem como criou medidas que se destinavam a evitar animais como tração para o veículo.

Por volta de 1927, criou-se ainda o Decreto Legislativo nº 5.141 (BRASIL, 1927), que tinha por objetivo estimular a criação de novas estradas que ligassem diversas regiões brasileiras.

Em maio de 1928 foi publicado o Decreto nº 18.223 (BRASIL, 1928) que trazia a permissão do tráfego internacional de automóveis dentro do espaço territorial brasileiro, além de atualizar o modo da atividade policial, sinalização e segurança no trânsito da época.

Após esses diversos decretos, foi somente em 1941 que entrou em vigor o primeiro Código de Trânsito em âmbito nacional, criado pelo Decreto Lei nº 2.994 de 1941 (BRASIL, 1941).

Contudo vigorou por apenas 08 meses, sendo revogados no mesmo ano pelo Decreto Lei nº 3.561 (BRASIL, 1941), pelo qual se criou o Conselho Nacional de Trânsito e os Conselhos Regionais de Trânsito, estes últimos com competência limitada aos Estados membros da Federação.

Deste modo, em 1966 que se criou um revogado Código Nacional de Trânsito, o qual continha 130 artigos, registrado sob a Lei nº 5.108 (BRASIL, 1966).

Atualmente encontrasse em vigor aquele instituído pela Lei nº 9.503 (BRASIL, 1997) publicada no vigésimo terceiro dia do mês de setembro, no ano de 1997.

Esta Lei trouxe muitas inovações para a regulamentação definitiva do trânsito no Brasil, constituída por decretos e resoluções dos conselhos competentes, sempre observando a hierarquia das leis brasileiras, estabelecendo normas gerais que enfatizam e disciplinam sua aplicação.

No mais, na data de cinco de maio de 2016, foi publicada no Diário Oficial da União, com 180 dias de vacância, a Lei 13.281, que altera disposições do Código de Trânsito Brasileiro.

Trazendo diversos dispositivos que modificam por completo o que era anteriormente disciplinado.

1.1 ARTIGO 165 – LEI 9.503/97

No código trazido pela Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997 o dispositivo apenas mencionava as sanções impostas a aqueles que fossem surpreendidos conduzindo seu veículo sob a influência de qualquer substâncias psicoativa, não deixando claro quais seriam os meios empregados para provar tal influência. Vejamos:

Art. 165. Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses.

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270 da Lei

nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 - do Código de Trânsito Brasileiro.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses.

Desta forma, muito se discutia sobre a utilização do teste do bafômetro, que não se fazia obrigatório diante da prerrogativa de recusa do motorista embasada em princípios constitucionais que serão discutidos em breve.

1.2 ARTIGO 165-A – LEI 13.281/16

Com o advento da Lei 13.281/16 foi incorporado ao artigo discutido acima sanções para aquele que se recusar a ser submetido a procedimento que certifique estar sobre a influência de qualquer substâncias psicoativa, assim vejamos:

“Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277:

Infração - gravíssima;

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses;

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270.

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no caput em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses.”

Observamos, no entanto que não se pode constranger um indivíduo que a produzir provas contra si, sendo este culpado ou não.

1. VIOLAÇÕES CONSTITUCIONAIS

Conforme averbou Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

(...) Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”. (2000, pp. 747 e 748).

Todavia, esse posicionamento já mereceu reprovações, havendo mesmo parecer por parte da Procuradoria Geral da República no sentido da inconstitucionalidade no dispositivo uma vez que sua incidência acabaria, por via indireta, como meio de compelir o cidadão a se submeter a procedimento que possa ensejar autoincriminação.

Desta forma, temos posicionamento da Procuradoria Geral da República acerca da recusa do motorista em concordar com a aferição de alcoolemia, o parecer da PGR afirma que, “com fundamento no direito geral de liberdade, na garantia do processo legal e das próprias regras democráticas do sistema acusatório de

processo penal, não se permite ao Estado compelir os cidadãos a contrib rem para a produ o de provas que os prejudiquem”. Trata-se do chamado direito a não incrimina o, que possui previsão normativa no direito internacional, no direito comparado e no direito constitucional. No Direito Constitucional brasileiro, a veda o   autoincrimina o   identificada como princípio constitucional processual implícito, relacionada   cláusula do devido processo legal e ao princípio da presun o de inocência. Mas, para a PGR, a previsão contida na Lei Seca viola direito a não incrimina o e não   admitida pela normatividade constitucional e infraconstitucional, nem pela jurisprudência do STF e pela doutrina especializada.

No mais,   incrível que o legislador ainda insista nessa espécie de coa o inconstitucional   produ o de prova contra si mesmo (Princípio da não autoincrimina o), acrescentando a isso agora também uma flagrante viola o ao Princípio da Presun o de Inocência, Estado de Inocência ou não culpabilidade”. O dispositivo sob comento vem sofrendo as críticas da doutrina em seu confronto com os Princípios Constitucionais sobreditos, aplicáveis ao caso mediante analogia a disposi es constitucionais (art. 5 , LVII e LXII, CF) e diplomas internacionais que versam sobre Direitos Humanos e garantias individuais de que o Brasil   signatário.

Ainda que se considerasse que o *nemo tenetur se detegere* não tem aplica o no campo administrativo, o que não se sustenta a partir da solar constata o de que nossa Constitui o estende o Devido Processo Legal, no bojo do qual se encontra o referido princípio, aos processos administrativos (art. 5 , LV, CF), não se poderia esquecer que para  m da infra o administrativa em casos de embriaguez ao volante, estamos ante a real possibilidade de responsabiliza o criminal do suposto infrator (artigo 306, CTB, sem falar do novo artigo 291,   1 , I, CTB).

2.1 PRINCÍPIO DA PRESUN O DE INOCÊNCIA – ART. 5 , LXII

Este princípio é um instituto previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988 e refere-se a um tipo de garantia processual que se atribui ao acusado, oferecendo a ele a prerrogativa de não ser considerado culpado por qualquer ato delituoso até que a sentença penal condenatória transite em julgado, garantindo ainda ao acusado um julgamento justo que respeite à dignidade da pessoa humana.

De acordo com Moraes, em regra, direitos constitucionais definidos como direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. E a própria Constituição Federal, em uma norma síntese, determina esse fato, expressando que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, e ainda leciona que o princípio da presunção de inocência é um dos princípios basilares do Estado de Direito. E como garantia processual penal, visa à tutela da liberdade pessoal, salientando a necessidade de o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é de forma constitucional presumido inocente, sob pena de retrocedermos ao estado de total arbítrio estatal. (MORAES, 2007).

No mais, podemos dizer que se trata de um princípio que se encontra manifestado de forma implícita em nosso ordenamento.

Pode se perceber, que o princípio constitucional da presunção de inocência é considerando um dos mais importantes e intrigantes institutos do ordenamento jurídico.

Todavia, ressalta-se que os princípios constitucionais são instrumentos limitadores do poder estatal e principalmente garantem a proteção da dignidade da pessoa humana.

O instituto da inocência presumida é, portanto, garantia fundamental e instituto essencial ao exercício da jurisdição.

Para tanto, cite-se as palavras de Ferrajoli “que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e

de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social" (FERRAJOLI, 2010, p.506).

Assim vejamos os entendimentos jurisprudenciais:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE SE EXTRAIR QUALQUER CONCLUSÃO DESFAVORÁVEL AO SUSPEITO OU ACUSADO DE PRATICAR CRIME QUE NÃO SE SUBMETE A EXAME DE DOSAGEM ALCOÓLICA. DIREITO DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO: NEMO TENETUR SE DETEGERE. INDICAÇÃO DE OUTROS ELEMENTOS JURIDICAMENTE VÁLIDOS, NO SENTIDO DE QUE O PACIENTE ESTARIA EMBRIAGADO: POSSIBILIDADE. LESÕES CORPORAIS E HOMICÍDIO CULPOSO NO TRÂNSITO. DESCRIÇÃO DE FATOS QUE, EM TESE, CONFIGURAM CRIME. INVIABILIDADE DO TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. 1. **Não se pode presumir que a embriagues de quem não se submete a exame de dosagem alcoólica: a Constituição da República impede que se extraia qualquer conclusão desfavorável àquele que, suspeito ou acusado de praticar alguma infração penal, exerce o direito de não produzir prova contra si mesmo**: Precedentes. 2. Descrevendo a denúncia que o acusado estava "na condução de veículo automotor, dirigindo em alta velocidade" e "veio a colidir na traseira do veículo" das vítimas, sendo que quatro pessoas ficaram feridas e outra "faleceu em decorrência do acidente automobilístico", e havendo, ainda, a indicação da data, do horário e do local dos fatos, há, indubitavelmente, a descrição de fatos

que configuram, em tese, crimes. 3. Ordem aprovada. (HC 93916, Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 10/06/2008, DJe-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-2008 EMENT VOL-02325-04 PP-00760 RTJ VOL-00205-03 PP-01404).

De tal forma, o condutor não poderá sofrer quaisquer sanção administrativa por causa da recusa em realizar testes e exames, tendo em vista que na ausência de prova da sua efetiva utilização de substância psicoativa, há de prevalecer a presunção de inocente.

2.2 PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO – ART. 5º, LXIII

O princípio (a garantia) da não autoincriminação (*Nemo tenetur se detegere* ou *Nemo tenetur se ipsum accusare* ou *Nemo tenetur se ipsum prodere*) significa que ninguém é obrigado a se autoincriminar ou a produzir prova contra si mesmo (nem o suspeito ou indiciado, nem o acusado, nem a testemunha etc.).

Nenhum indivíduo pode ser obrigado, por qualquer autoridade ou mesmo por um particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração ou dado ou objeto ou prova que o incrimine direta ou indiretamente.

Fiori (2008, p. 45) caracteriza o *Nemo Tenetur se Detegere* como o direito fundamental de que ninguém poderá ser obrigado a colaborar ou produzir prova contra si mesmo. Nucci (2007, p. 91) chega a afirmar que exigir a colaboração do acusado seria a admissão da falência da máquina estatal e a fraqueza das autoridades se dependesse do suspeito para colher elementos suficientes a embasar a ação.

Vejamos o que dispõe Convenção Americana de Direitos Humanos - CADH (art. 8º, 2, "g") :

Artigo 8º - Garantias judiciais:

[...]

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;

E o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos - PIDCP (art. 14, 3, "g"):

Artigo 14:

[...]

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

[...]

g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

No sentido de que o princípio da não autoincriminação pressupõe a existência de vontade em decidir o que fazer ou não. É o que se vê dos seguintes acórdãos do STF:

“HABEAS CORPUS - JÚRI -
RECONSTITUIÇÃO DO CRIME -
CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO-

INTIMAÇÃO DO DEFENSOR PARA A RECONSTITUIÇÃO DO DELITO - PACIENTE QUE SE RECUSA A PARTICIPAR DA REPRODUÇÃO SIMULADA DOS FATOS - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO - INOCORRÊNCIA - PRISÃO CAUTELAR - INSTITUTO COMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE (CF, ART. 5., LVII) - CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA - MERA FACULDADE JUDICIAL - ORDEM DENEGADA. - A RECONSTITUIÇÃO DO CRIME CONFIGURA ATO DE CARÁTER ESSENCIALMENTE PROBATÓRIO, POIS DESTINA-SE - PELA REPRODUÇÃO SIMULADA DOS FATOS - A DEMONSTRAR O MODUS FACIENDI DE PRÁTICA DELITUOSA (CPP, ART. 7.). **O SUPOSTO AUTOR DO ILÍCITO PENAL NÃO PODE SER COMPELIDO, SOB PENA DE CARACTERIZAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO, A PARTICIPAR DA REPRODUÇÃO SIMULADA DO FATO DELITUOSO. O MAGISTERIO DOUTRINÁRIO, ATENTO AO PRINCÍPIO QUE CONCEDE A QUALQUER INDICIADO OU RÉU O PRIVILEGIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO, RESSALTA A CIRCUNSTÂNCIA DE QUE É ESSENCIALMENTE VOLUNTÁRIA A PARTICIPAÇÃO DO IMPUTADO NO ATO - PROVIDO DE INDISCUTÍVEL EFICÁCIA PROBATORIA - CONCRETIZADOR DA REPRODUÇÃO SIMULADA DO FATO DELITUOSO. - A RECONSTITUIÇÃO DO CRIME, ESPECIALMENTE QUANDO**

REALIZADA NA FASE JUDICIAL DA PERSECUÇÃO PENAL, DEVE FIDELIDADE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO, ENSEJANDO AO RÉU, DESSE MODO, A POSSIBILIDADE DE A ELA ESTAR PRESENTE E DE, ASSIM, IMPEDIR EVENTUAIS ABUSOS, DESCARACTERIZADORES DA VERDADE REAL, PRATICADOS PELA AUTORIDADE PÚBLICA OU POR SEUS AGENTES. - NÃO GERA NULIDADE PROCESSUAL A REALIZAÇÃO DA RECONSTITUIÇÃO DA CENA DELITUOSA QUANDO, EMBORA AUSENTE O DEFENSOR TÉCNICO POR FALTA DE INTIMAÇÃO, DELA NÃO PARTICIPOU O PRÓPRIO ACUSADO QUE, AGINDO CONSCIENTEMENTE E COM PLENA LIBERDADE, RECUSOU-SE, NÃO OBSTANTE COMPARECENDO AO ATO, A COLABORAR COM AS AUTORIDADES PÚBLICAS NA PRODUÇÃO DESSA PROVA. - A LEGITIMIDADE JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DAS NORMAS LEGAIS QUE DISCIPLINAM A PRISÃO PROVISÓRIA EM NOSSO SISTEMA NORMATIVO DERIVA DE REGRA INSCRITA NA PRÓPRIA CARTA FEDERAL, QUE ADMITE - NÃO OBSTANTE A EXCEPCIONALIDADE DE QUE SE REVESTE - O INSTITUTO DA TUTELA CAUTELAR PENAL (ART. 5., LXI). O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DE NÃO-CULPABILIDADE, QUE DECORRE DE NORMA CONSUBSTANCIADA NO ART. 5., LVII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, NÃO IMPEDE A UTILIZAÇÃO, PELO PODER JUDICIÁRIO, DAS DIVERSAS MODALIDADES QUE A PRISÃO CAUTELAR ASSUME EM

NOSSO SISTEMA DE DIREITO POSITIVO. - O RÉU PRONUNCIADO - AINDA QUE PRIMARIO E DE BONS ANTECEDENTES - NENHUM DIREITO TEM A OBTENÇÃO DA LIBERDADE PROVISORIA. A PRESERVAÇÃO DO STATUS LIBERTATIS DO ACUSADO TRADUZ, NESSE CONTEXTO, MERA FACULDADE.” (HC 69.026/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 10/12/1991, DJ de 04/09/1992, p. 14091).

“HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. **DIANTE DO PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE, QUE INFORMA O NOSSO DIREITO DE PUNIR, É FORA DE DÚVIDA QUE O DISPOSITIVO DO INCISO IV DO ART. 174 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL HÁ DE SER INTERPRETADO NO SENTIDO DE NÃO PODER SER O INDICIADO COMPELIDO A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA OS EXAMES PERICIAIS, CABENDO APENAS SER INTIMADO PARA FAZÊ-LO A SEU ALVEDRIO. É QUE A COMPARAÇÃO GRÁFICA CONFIGURA ATO DE CARÁTER ESSENCIALMENTE PROBATÓRIO, NÃO SE PODENDO, EM FACE DO PRIVILÉGIO DE QUE DESFRUTA O INDICIADO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO, OBRIGAR O SUPOSTO AUTOR DO DELITO A FORNECER**

PROVA CAPAZ DE LEVAR   CARACTERIZA O DE SUA CULPA. ASSIM, PODE A AUTORIDADE NÃO SÃO FAZER REQUISI O A ARQUIVOS OU ESTABELECIMENTOS PÚBLICOS, ONDE SE ENCONTREM DOCUMENTOS DA PESSOA A QUAL   ATRIBUÍDA A LETRA, OU PROCEDER A EXAME NO PRÓPRIO LUGAR ONDE SE ENCONTRAR O DOCUMENTO EM QUESTÃO, OU AINDA,   CERTO, PROCEDER   COLHEITA DE MATERIAL, PARA O QUE INTIMARÁ A PESSOA, A QUEM SE ATRIBUI OU PODE SER ATRIBUÍDO O ESCRITO, A ESCREVER O QUE LHE FOR DITADO, NÃO LHE CABENDO, ENTRETANTO, ORDENAR QUE O FAÇA, SOB PENA DE DESOBEDE NCIA, COMO DEIXA TRANSPARECER, A UM APRESSADO EXAME, O CPP, NO INCISO IV DO ART. 174. HABEAS CORPUS CONCEDIDO. (HC 77.135, Rel. Min. Ilmar Galvao, Primeira Turma, julgado em 08/09/1998, DJ de 06/11/1998, p. 03).

“RECONSTITUI O DE CRIME (REPRODU O SIMULADA DE DELITO DE HOMICIDIO) (ART. 7. DO C.P.PENAL). DILIGENCIA REQUERIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, DEFERIDA PELO JUIZ, NA FASE DO INQUERITO POLICIAL, E A CUJA REALIZA O OS INDICIADOS SE TERIAM NEGADO A COMPARECER. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA COM BASE APENAS NESSA RECUSA DOS INDICIADOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 'HABEAS CORPUS' DEFERIDO PARA REVOGA O DA PRISÃO PREVENTIVA, COMO DECRETADA, SEM PREJUZO DE EVENTUAL

DECRETAÇÃO DE OUTRA, SE CARACTERIZADA QUALQUER DAS SITUAÇÕES DO ART. 312 DO C.P.P. E COM ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 7., 260 E 312 DO C.P.P.. **SE A PRISÃO PREVENTIVA DOS PACIENTES FOI DECRETADA APENAS E TÃO-SOMENTE PORQUE NÃO SE TERIAM DISPOSTO A PARTICIPAR DA DILIGENCIA DE REPRODUÇÃO SIMULADA DO DELITO DE HOMICIDIO (RECONSTITUIÇÃO DO CRIME), FICOU CARACTERIZADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL REPARAVEL COM 'HABEAS CORPUS'.**” (HC 64.354, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/1987, DJ de 14/08/1987, p. 16.086).

Dessa forma, pode-se concluir que, em nosso ordenamento jurídico, o acusado não é obrigado a produzir provas em seu desfavor, dependendo tal comportamento de sua participação ativa voluntária e esclarecida.

CONCLUSÃO

Posto isso, concluimos que vivemos em um Estado Democrático de Direito onde se pode afirmar que as garantias constitucionais são tidas como instrumentos de limitação do poder estatal.

Assim, esse poder deve ser delimitado por todos os princípios elencados no texto constitucional e as normas, sejam novas, atualizadas ou antigas, devem obedecer a esses fundamentos. E, por sua vez, os órgãos responsáveis por decidir questões de conflito são obrigados a seguir tais princípios.

O exercício de uma justiça eficiente e eficaz depende do importante papel dos preceitos constitucionais distribuídos por todo o texto legal. Em especial o princípio da presunção de inocência,

que garante o afastamento da existência de possíveis arbitrariedades do poder público em busca de uma resposta para a sociedade.

A aplicação do pensamento contido na hipótese de inocência do acusado pela prática de uma infração penal reduz a possibilidade do exercício de uma justiça leviana. O magistrado não pode deixar-se contaminar pela ignorância e princípios equivocados de justiça por vezes difundidos pela mídia e formadores da opinião pública. O Estado juiz deve ser técnico quando da análise de um fato para ser justo e aplicar a norma jurídica conforme seu espírito, e desta maneira expressar a vontade popular que foi positivada por meio de seus representantes. O Estado é o legítimo possuidor do direito ao uso da força. Este poder deve ser utilizado em favor da sociedade, pois quando a força é praticada em desconforme com o justo ela torna-se violência. E, por sua vez, a violência é um ato ilícito, sendo prejudicial ao exercício do Estado Democrático de Direito.

É evidente que numa situação em que condutor abordado por agente de trânsito se recuse a ser submetido ao teste do bafômetro existem outros meios menos gravosos de produzir as provas, quais sejam, o testemunho, o auto de constatação lavrado pelo agente, entre outros, elencados no próprio dispositivo, que não dependam de conduta ativa do condutor na produção de eventuais provas contrárias a ele.

Se o art. 60 da CF, em seu § 4º, IV, veda a possibilidade de emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias fundamentais, não há que se entabular longa discussão para falar do tocante à proposta de lei ordinária com tal tendência. Estamos, novamente, a falar do mais e do menos, e se a proposta em escala constitucional é vedada, há de o ser, com muito mais força, a de nível infraconstitucional.

É incrível que o legislador ainda insista nessa espécie de coação inconstitucional à produção de prova contra si mesmo

(Princípio da Não Autoincriminação), acrescentando a isso agora também uma flagrante violação ao Princípio da Presunção de Inocência, Estado de Inocência ou não culpabilidade”.

Desta maneira, é inconstitucional toda norma que afronte o princípio da presunção de inocência e a garantia de não autoincriminação e, portanto, o artigo 165-A do CTB, com a redação dada pela Lei nº 13.281/2016, por ser inconstitucional, não pode produzir efeitos, sejam eles penais ou administrativos.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Julyver Modesto de. Código de Trânsito Brasileiro Anotado. São Paulo, Ed. Letras Jurídicas, 4ª ed., 2009.

BRASIL. MC. Departamento Nacional de Trânsito. Conselho Nacional de Trânsito. 100 anos de legislação de trânsito no Brasil. 1910-2010. Brasília: Ministério das Cidades, 2010.

CORRÊA, J. Pedro. 20 anos de lições de trânsito no Brasil. Curitiba, Ed. Infolio, 2009.

FERRARI, Rafael. O princípio da presunção de inocência como garantia processual penal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11829>. Acesso em maio 2016.

SILVA, Rodrigo Vaz. Garantia da não auto incriminação. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 80, set 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8467>. Acesso em maio 2016.

BRASIL. LEI Nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm>. Acesso em maio 2016.

BRASIL. LEI Nº 13.281, DE 4 DE MAIO DE 2016. Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), e a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Brasília, 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2016/Lei/L13281.htm>. Acesso em maio 2016.

VILELA, Fabiana Silva. Histórico do Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/direito/pagina/detalhe/38721/historico-do-codigo-de-transito-brasileiro>>. Acesso em maio 2016.

A DISCRIMINAÇÃO INSTITUÍDA PELO CÓDIGO CIVIL DE 2002 EM RELAÇÃO AO COMPANHEIRO NA SUCESSÃO HEREDITÁRIA

ADRIANO MANHEZI DE OLIVEIRA: Acadêmico de direito da Universidade Camilo Castelo Branco - UNICASTELO, Campus Fernandópolis-SP.

Professora orientadora:

THALITA TOFFOLI PAEZ^[1]

RESUMO: Trabalho desenvolvido sobre a diferença de tratamento no direito sucessório entre companheiro e cônjuge. Inicialmente foi abordado o conceito de união estável segundo a melhor doutrina, seus elementos essenciais e acidentais, fazendo uma simples explanação acerca das diferenças com o instituto do concubinato, bem como o reconhecimento legal da união homoafetiva no âmbito da Justiça. No terceiro capítulo, discorre-se acerca do conceito de sucessão, a forma e o momento de sua ocorrência, baseado no direito de *saisine*. O quarto e último capítulo expõe a vocação hereditária e sua ordem, passando por seus pontos mais relevantes, dando ênfase à discriminação instituída pelo Código Civil de 2002 entre o tratamento dispensado ao cônjuge e companheiro, expondo as críticas e polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais em relação ao artigo 1.790, à luz das disposições constitucionais inerentes à proteção da família, no tocante ao casamento, união estável, união homoafetiva e família paralela.

Palavras-chave: União Estável. Companheiro. Sucessão. Desigualdade.

ABSTRACT: Work on the treatment difference in inheritance law between companion and spouse. It was initially approached the concept of marriage stable according to the best doctrine, its

essential and accidental elements, making a simple explanation about the differences with the concubinage of the institute and the legal recognition of homosexual marriage under the law. In the third chapter, talks-about the concept of succession, the manner and time of its occurrence, based on the right of saisine. The fourth and final chapter exposes the hereditary vocation and order, through its most important points, emphasizing the discrimination established by the Civil Code of 2002 between the treatment of the spouse and partner, exposing critical and doctrinal and jurisprudential controversy regarding Article 1.790, in the light of the constitutional provisions related to the protection of the family, with regard to marriage, common-law marriage, homosexual marriage and parallel family.

Keywords: Stable Union. Mate. Succession. Inequality.

SUMÁRIO: 1- INTRODUÇÃO. 2- A UNIÃO ESTÁVEL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002. 3- DA SUCESSÃO E SUA ABERTURA. 4- DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA E SUA ORDEM. 4.1- Da sucessão dos descendentes e a concorrência do cônjuge. 4.2- Da sucessão dos ascendentes e a concorrência do cônjuge. 4.3- Da sucessão do companheiro e as polêmicas instituídas pelo artigo 1.790 do Código Civil. 5 - CONCLUSÃO. 6- REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é proceder à pesquisa do direito sucessório do companheiro, se comparado ao do cônjuge, e principalmente a discriminação instituída pelo Código Civil de 2002, à luz das disposições constitucionais acerca da matéria, principalmente pela especial proteção em relação à família, o que também compreende as diversas entidades familiares.

Indaga-se, pois, se os conviventes dividem afeto, responsabilidades, vivendo sob o mesmo teto como se casados fossem, qual a razão para que o companheiro sobrevivente não tenha a mesma proteção do cônjuge no Código Civil de 2002?

Antes, porém, oportuno fazer uma breve explanação do conceito de família sob a ótica da Constituição Federal de 1988, conceito este que não mais se limita à tradicional família que tem como base o casamento entre homem e mulher, abrangendo atualmente diversas espécies de família, construídas com base na afetividade, dentre elas a união homoafetiva e a família paralela.

No segundo capítulo será exposto o conceito de união estável, passando-se a demonstrar as diferenças básicas do concubinato, o que se mostra pertinente para esclarecer que se trata de institutos diferentes.

Ato contínuo, discorre-se acerca da necessidade da presença de alguns elementos para caracterização da união estável, podendo tais elementos ser essenciais ou acidentais. Por fim, será apresentada a polêmica acerca do reconhecimento da união homoafetiva, cuja questão já se encontra superada.

No terceiro capítulo será apresentado o conceito de sucessão, em especial a *causa mortis*, e a forma como ocorre, alinhando-se ao direito *saisine*, o qual dispõe que a sucessão ocorre no exato momento da morte.

Mas o cerne deste trabalho será exposto no capítulo quarto, onde será estudada a vocação hereditária e sua respectiva ordem, fazendo uma comparação entre cônjuge e companheiro dentro do direito sucessório, com o objetivo de apontar as falhas expostas pelos operadores do direito acerca das disposições do Código Civil de 2002, fazendo especial referência ao polêmico artigo 1.790, cuja constitucionalidade está sendo questionada, não só por doutrinadores, mas na esfera dos tribunais superiores, com ênfase na união estável, união homoafetiva e família paralela.

Na pesquisa exploratória, foram utilizadas pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, além da legislação em vigor sobre o assunto em questão, que serviram para fazer uma abordagem geral sobre o tema, bem como comparações entre institutos, com o objetivo principal de esclarecer dúvidas. Este tipo de pesquisa foi de

grande serventia no sentido de ajudar a delimitar o tema escolhido, bem como para auxiliar a formula o de questões norteadoras.

Não há pretensão de eliminar dúvidas, mas sim questionar a discrimina o instituída pelo artigo 1.790 quanto   sucessão do companheiro na ordem da voca o hereditária, se comparada   do cônjuge, o que gera questionamentos acerca da constitucionalidade da referida disposi o legal, não deixando de lado a importância da necessidade de rapidez por parte do poder legislativo, visando acompanhar, sempre que possível, as mudanças sociais instituídas pela evolu o tecnológica e a globaliza o.

2. A UNIÃO ESTÁVEL NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Para definir o conceito de união estável necessário se faz adotar, como ponto de partida, a Constitui o Federal de 1988, a qual, visando priorizar o casamento, reconhece como entidade familiar a união estável entre homem e mulher, prevendo que a lei deve facilitar a sua conversão em casamento.

Conforme leciona Maria Helena Diniz, a Constitui o Federal, ao conservar a família, fundada no casamento, reconhece como entidade familiar a união estável, ou seja, a convivência pública, contínua e duradoura de um homem com uma mulher, vivendo ou não sob o mesmo teto, sem vínculo matrimonial, estabelecida com o objetivo de constituir família, desde que tenha condi es de ser convertida em casamento, por não haver impedimento legal para sua convola o. (2008, p. 367-368)

Flávio Tartuce, por sua vez, esclarece que duas conclusões fundamentais podem ser retiradas do Texto Maior. A primeira   que a união estável não   igual ao casamento. A segunda   que não há hierarquia entre casamento e união estável. São apenas entidades familiares diferentes, que contam com a prote o constitucional. (2013, p. 1166)

Outrossim, o Código Civil de 1916 não dispunha acerca da chamada família ilegítima, sendo que somente em 1994 o legislador

ordinário iniciou a regularização, com a entrada em vigor da Lei nº 8.971 de 29 de dezembro do mesmo ano e, mais tarde, também foi introduzida a Lei nº 9.278 de 10 de maio de 1996.

Já o Código Civil de 2002 traz um capítulo específico referente à união estável, entre os artigos 1.723 a 1.727, além de consagrar o direito de alimentos aos companheiros (art. 1.694), dispondo também sobre o direito sucessório (art. 1.790), concluindo-se pela incorporação substancial das Leis 8.971/1994 e 9.278/1996.

Outro ponto importante é diferenciarmos a união estável do concubinato, sendo este último tratado no artigo 1.727 do CC/2002, o qual dispõe que “as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato”.

O doutrinador Flávio Tartuce (2013, p. 1169-1170) expõe claramente as principais diferenças entre união estável e concubinato através de uma tabela comparativa.

União Estável	Concubinato
Constitui uma entidade familiar (art. 226, §3º, da CF/1988)	Não constitui entidade familiar, mas uma mera sociedade de fato.
Pode ser constituída por pessoas solteiras, viúvas, divorciadas ou separadas de fato, judicialmente e extrajudicialmente	Será constituída entre pessoas casadas não separadas, ou havendo impedimento matrimonial decorrente de parentesco ou crime.
As partes são denominadas companheiros ou conviventes.	As partes são chamadas de concubinos.
Há direito à meação patrimonial (art. 1.725), direito a alimentos (art. 1.694) e direitos sucessórios (art. 1.790 do CC).	Não há direito à meação patrimonial, direito a alimentos ou direito sucessório. Na questão patrimonial, aplica-se a antiga Súmula 380 do STF, que consagra

	o direito � participacão patrimonial em rela�o aos bens adquiridos pelo esforço comum. A jurisprudência também tinha o costume de indenizar a concubina pelos serviços domésticos prestados. Porém, a tendência � afastar tal direito, conforme julgado publicado no <i>informativo</i> n. 421 do STJ, de fevereiro de 2010.
Cabe eventuala�o de reconhecimento e dissolu�o da união estável, que corre na Vara da Família. Não se pode denominar a demanda como dissolu�o de uma sociedade de fato, erro comum na prática.	Cabe a�o de reconhecimento e dissolu�o de sociedade de fato, que corre na Vara Cível.

Mas, para a caracteriza o da união estável, segundo lecionam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 429-436), necessário se faz a presença de alguns elementos, sejam essenciais, como a publicidade, a continuidade, a estabilidade e o objetivo de constitui o de família, sejam elementos acidentais, em especial o tempo, a constitui o de prole e a coabita o.

Outro tema juridicamente muito debatido   a união homoafetiva, ou seja, união entre pessoas do mesmo sexo. Até um passado não muito distante, existiam duas correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre o enquadramento jurídico do tema.

A primeira, da qual eram filiados Silvio de Salvo Venosa (2008, p. 408) e Maria Helena Diniz (2007, p. 355), sustenta que a união estável entre pessoas do mesmo sexo não constitui uma entidade familiar, mas mera sociedade de fato, uma vez que a Constitui o Federal exige diversidade de sexos, razão pela qual  

união homoafetiva não eram reconhecidos os direitos a alimentos, os direitos sucessórios ou direito à meação patrimonial com base nas regras de regime de bens.

Já a segunda corrente reconhece a união homoafetiva como entidade familiar, a qual deve ser equiparada à união estável, fazendo jus, portanto, a todos os direitos inerentes à união estável, corrente essa que é encabeçada pela jurista Maria Berenice Dias (2009. p. 187-190), prevalecendo também torrencialmente entre os juristas que compõem o Instituto Brasileiro do Direito de Família.

Mas a jurisprudência sedimentou o entendimento exposto na segunda corrente, o que se deu através do julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4.277/DF, em 5 de maio de 2011, ocasião em que o Supremo Tribunal Federal entendeu pela aplicação, por analogia, das mesmas regras da união estável para a união homoafetiva. (TARTUCE. 2013, p. 1183)

E por fim, temos a denominada família paralela, a qual, diante da atual avalanche de mudanças, pode ser constituída por vínculos afetivos, a qual será melhor conceituada no item 4.3.

3. DA SUCESSÃO E SUA ABERTURA

A palavra sucessão, em sentido amplo, no conceito de Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 1), significa o ato pelo qual uma pessoa assume o lugar da outra, substituindo-a na titularidade de determinados bens, revelando a permanência de uma relação de direito que perdura e subsiste a despeito da mudança de respectivos titulares, ocorrendo em diversos ramos do direito, como no direito das obrigações, no direito das coisas e no direito de família, estando presentes duas espécies de sucessões: a sucessão *causa mortis*, e a sucessão *inter vivos*.

Mas o que interessa para o desenvolvimento do presente trabalho é a sucessão *causa mortis*, ou seja, aquela que decorre da morte de alguém, cujo ramo do direito trata da transmissão do

patrimônio, ou seja, do ativo e do passivo do falecido para seus sucessores.

E a sucessão *causa mortis* possui duas modalidades, as quais se extraem da interpretação do artigo 1.786 do Código Civil, *in verbis*, “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”.

Assim, na lição de Flávio Tartuce (2013, p. 1271), sucessão legítima é aquela que decorre da lei, que enuncia a ordem de vocação hereditária, presumindo a vontade do autor da herança. É também denominada sucessão *ab intestato* justamente por inexistir testamento. A sucessão testamentária, por sua vez, tem origem em ato de última vontade do morto, por testamento, legado ou codicilo, mecanismos sucessórios para exercício da autonomia privada do autor da herança.

Ainda segundo TARTUCE (2013, p. 1271-1272):

as duas formas da sucessão, o regramento fundamental consta do art. 1.784 do CC, pelo qual aberta a sucessão – o que ocorre com a morte da pessoa - a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários. Trata-se da consagração da máxima *droit de saisine*. A expressão, segundo Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado, tem origem na expressão gaulesa *le mort saisit le vif*, pela qual “com a morte”, a herança transmite-se imediatamente aos sucessores, independentemente de qualquer ato dos herdeiros. O ato de aceitação da herança, conforme veremos posteriormente, tem natureza confirmatória.

E a jurisprudência também reforça a aplicação do direito de *saisine*:

Existindo composses sobre o bem litigioso em razão do *droit de saisine* é direito do compossuidor esbulhado o manejo de ação de reintegração de posse, uma vez que a proteção à posse molestada não exige o efetivo exercício do poder fático – requisito exigido pelo tribunal de origem. O exercício fático da posse não encontra amparo no ordenamento jurídico, pois é indubitável que o herdeiro tem posse (mesmo que indireta) dos bens da herança, independentemente da prática de qualquer outro ato, visto que a transmissão da posse dá-se *ope legis*, motivo pelo qual lhe assiste o direito à proteção possessória contra eventuais atos de turbação ou esbulho. Isso posto, a Turma deu provimento ao recurso para julgar procedente de reintegração de posse, a fim de restituir aos autores da ação a composses da área recebida por herança. Precedente citado: REsp 136.922-TO, DJ 16/3/1998. (STJ, REsp 537.363/RS, Rel. Min. Vasco Della Giustina (Des. Convocado do TJ-RS), j. 20.04.2010, informativo n. 431 do STJ).

Assim, conclui-se que o direito *desaisine* faz com que o inventário tenha mero objetivo declaratório da morte anterior, formalizando a transmissão do patrimônio.

4. DA VOCAÇÃO HEREDITÁRIA E SUA ORDEM

A sucessão legítima, designada como subsidiária da sucessão por testamento, tem a ordem hereditária regida por lei, sendo que, conforme discorre Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 138), o “*herdeiro legítimo* é a pessoa indicada na lei como sucessor nos casos de sucessão legal, a quem se transmite a totalidade ou quota-parte da herança.”

Ademais, o art. 1.798 do Código Civil legitima a suceder as pessoas já nascidas ou as já concebidas no momento da abertura da sucessão, resguardando, assim, os direitos do nascituro, ou seja, aquele que foi concebido e ainda não nasceu.

Entretanto, emerge da matéria uma controvérsia acerca do alcance dos direitos resguardados do nascituro, ou seja, se a regra disposta no art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida ou não aos embriões formados mediante o uso de técnicas de reprodução assistida.

E parece que o entendimento mais coerente a ser adotado é o esposado por Flávio Tartuce (2013, p. 1287):

Aspecto tormentoso tem relação à extensão da regra sucessória aos embriões havidos das técnicas de reprodução assistida. Respondendo positivamente, o Enunciado n. 267 CJF/STJ, da III *Jornada de Direito Civil*, de autoria do jurista Guilherme Calmon Nogueira da Gama: “A regra do art. 1.798 do Código Civil deve ser estendida aos embriões formados mediante uso de técnicas de reprodução assistida, abrangendo, assim, a vocação hereditária da pessoa humana a nascer cujos efeitos patrimoniais se submetem às regras previstas para a petição da herança.

O enunciado doutrinário não conta com o apoio de vários juristas, que entendem que o embrião está em situação jurídica diferente em relação ao nascituro, não merecendo tratamento equânime. Essa é a opinião, por exemplo, de Francisco José Cahali, Jones Figueirêdo Alves e Mário Luiz Delgado. O presente autor compartilha da última corrente, conforme consta da obra escrita em coautoria com José Fernando Simão. Isso porque acredita que o embrião, a exemplo do nascituro, apesar de ter

personalidade formal (direitos da personalidade), não tem a personalidade jurídica material (direitos patrimoniais), e só será herdeiro por força de disposição testamentária, conforme se verá logo a seguir.

Em relação à ordem da vocação hereditária, o art. 1.829 do Código Civil dispõe que:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Acerca da ordem de vocação hereditária, Carlos Roberto Gonçalves (2009, p. 143) afirma que:

é corrente na doutrina o entendimento de que o legislador, ao estabelecer a ordem de vocação hereditária, funda-se na vontade presumida do falecido, sendo que os descendentes devem ser sempre o primeiro grupo chamado a herdar, pois, segundo o senso comum da sociedade, o amor do falecido era, certamente, mais forte em relação a eles, fruto de seu afeto pelo outro genitor.

E segue o eminente doutrinador discorrendo que somente na falta absoluta de descendentes   que os ascendentes deveriam ser chamados a herdar, uma vez que somente na falta de energias novas e vigorosas, continuadoras por excelência da vida que acabara de ser ceifada,   que se deveriam buscar gera es anteriores   do morto. (2009, p. 143).

4.1 Da sucessão dos descendentes e a concorrência do cônjuge

Conforme dispõe o citado artigo 1.829 do Código Civil, em seu inciso I, os descendentes e o cônjuge são herdeiros de primeira classe em modo de concorrência, podendo ou não estar presente de acordo como regime de bens adotados no casamento com o falecido.

Assim, para melhor elucidar quando ocorre ou não tal concorrência, Flávio Tartuce (2013. p. 1307) elaborou a seguinte tabela, a qual nos d  uma dimensão simples e exata:

Regimes em que o cônjuge herda em concorrência	Regimes em que o cônjuge não herda em concorrência
Regime da comunhão parcial de bens, em havendo bens particulares do falecido.	Regime da comunhão parcial de bens, não havendo bens particulares do falecido.
Regime da participa�o final nos aquestos.	Regime da comunhão universal de bens.
Regime da separa�o convencional de bens.	Regime da separa�o legal ou obrigatória de bens.

Observa o oportuna lançada pelo mesmo doutrinador   que, como se nota, o objetivo do legislador foi separar claramente a mea o da herança, instituindo o sistema de que quando o cônjuge meeiro não   herdeiro e, quando   herdeiro não   meeiro. Prosseguindo, enfatiza que (2013, p. 1307):

nunca se pode esquecer que a meação não se confunde com herança, sendo esta uma confusão muito comum entre os operadores do direito. Meação é instituto de Direito de Família, que depende do regime de bens adotados. Herança é instituto de Direito das Sucessões, que decorre da morte do falecido.

4.2 Da sucessão dos ascendentes e a concorrência do cônjuge

A sucessão dos ascendentes em concorrência com o cônjuge supérstite está disciplinada pelos artigos 1.829, inciso II e 1.836 do Código Civil, dispondo que, na falta de descendentes, são chamados à sucessão os ascendentes, também chamados de herdeiros de segunda classe.

Flávio Tartuce adverte que não se pode esquecer que não existe direito de representação em relação aos ascendentes, além do que, havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdaram a metade, cabendo a outra aos da linha materna, conforme dispõe o artigo 1.836, §2º, do Código Civil. (2013, p. 1313)

4.3 Da sucessão do companheiro e as polêmicas instituídas pelo artigo 1.790 do Código Civil

Após a explanação concisa acerca da sucessão e a concorrência em relação ao cônjuge, ficará claro a desigualdade instituída pelo artigo 1.790 do Código Civil de 2002, entre a união estável e demais entidades familiares, se comparado ao casamento, no que diz respeito ao direito sucessório. Referido dispositivo legal instituiu, sem sombra de dúvidas, a desigualdade entre o cônjuge e o companheiro na sucessão hereditária.

Para melhor elucidação, transcreve-se o dispositivo legal que rege a matéria:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

As críticas doutrinárias quanto ao referido dispositivo legal é torrencial, uma vez que, apesar de preservada a meação pela lei material civil, a qual não se pode confundir com sucessão, em relação ao companheiro supérstite, no que toca à herança os direitos sucessórios limitam-se “*aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável*”, como preceitua o art. 1.790, *caput*.

As críticas às restrições impostas pelo referido dispositivo em relação ao direito hereditário são expostas de forma bem simples por Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 424):

Esses direitos sucessórios são, todavia, restritos a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho, se concorrer com filhos comuns, ou à metade do que couber a cada um dos descendentes exclusivos do autor da herança, se somente com eles concorrer, ou a um terço daqueles bens se concorrer com outros parentes sucessíveis, como ascendentes, irmãos, sobrinhos, tios e primos do *de cujus*, ou

à totalidade da herança, não havendo parentes sucessíveis, segundo dispõe o art. 1.790, I a IV.

Assim, o novo diploma, além de restringir o direito hereditário aos bens adquiridos onerosamente na constância da união, ainda impôs a concorrência do cônjuge sobrevivente com descendentes, ascendentes e até colaterais do falecido, retirando-lhe o direito real de habitação e o usufruto vidual, previstos nas leis que anteriormente regulavam a convivência extramatrimonial.

A discriminação instituída pelo art. 1.790 do Código Civil é clara em relação à sucessão do companheiro, no que concerne ao reconhecimento de direitos sucessórios ao convivente em concorrência com os descendentes do autor da herança.

O cônjuge, no atual Código Civil, passou à condição de herdeiro necessário, como consta no artigo 1.845, o mesmo não ocorrendo com o companheiro. Ressalte-se que não se trata de meação, e sim sobre a sucessão do companheiro.

Conforme dispõe o inciso I do artigo 1.790 do Código Civil, se o companheiro concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho. Por outro lado, se concorrer com descendentes só do autor da herança, ficará com a metade do que couber a cada um deles.

TARTUCE (2013, p. 1322) discorre acerca do equívoco perpetrado pelo legislador:

O equívoco é claro na redação dos incisos, uma vez que o primeiro faz menção aos filhos; enquanto que o segundo aos descendentes. Na esteira da melhor doutrina, é forçoso concluir que o inc. I também incide às hipóteses em que estão presentes outros descendentes do

falecido. Nesse sentido, o Enunciado n. 266 C/JF/STJ, da III Jornada de Direito Civil: “Aplica-se o inc. I do art. 1.790 tamb em na hipótese de concorrência do companheiro sobrevivente com outros descendentes comuns, e não apenas na concorrência com filhos comuns.

Encerrando as críticas   discrimina o instituída pelo Código Civil de 2002 em rela o ao direito hereditário do companheiro, desabafa Zeno Veloso (2003, p. 236-237):

Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as rela o de afetividade entre parentes colaterais de 4  grau (primos, tios-av s, sobrinhos-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o novo Código Civil brasileiro (...) resolve que o companheiro sobrevivente, que formou uma família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o 4  grau *dode cujus*. Temos de convir: isto   demais! Para tornar a situa o mais grave e intolerável, conforme a severa restri o do *caput* do artigo 1.790, que foi analisado acima, o que o companheiro sobrevivente vai herdar sozinho não   todo o patrimônio deixado pelo *de cujus*, mas, apenas, o que foi adquirido na constância da união estável.

De outro norte, apesar do Código Civil não dispor acerca do direito real de habita o e o usufruto vidual, o entendimento doutrinário   robusto em afirmar que as Leis 9.278/96 e 8.971/94, que tratam, respectivamente, dos citados institutos, não foram

tacitamente revogadas e, conseqüentemente, não há nada que impeça a aplicação.

Quanto ao direito real de habitação, discorre Maria Berenice Dias (2015, p. 256) que:

O silêncio do Código Civil sobre o direito real de habitação na união estável não inibe o seu reconhecimento. Permanece existindo por força do dispositivo legal que não foi revogado (L 9.278/96 art. 7.º parágrafo único). Ao depois, cabe invocar até o princípio da isonomia. No casamento expressamente está previsto o direito real de habitação (CC 1.831), nada justificando não assegurar o mesmo direito na união estável.

E o entendimento jurisprudencial também é torrencial nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO REAL DE HABITAÇÃO. COMPANHEIRA. I. Embora não previsto no Código Civil, a companheira sobrevivente possui direito real de habitação, com fundamento no parágrafo único do art. 7º da Lei 9.278 /96, podendo permanecer no imóvel em que residia ao tempo do falecimento do companheiro enquanto viver ou até a constituição de nova união ou casamento. II. Agravo conhecido e provido. (TJDF, Agravo de Instrumento 20150020150627, Distrito Federal, 6ª Turma Cível, Rel. Des. Vera Andrighi, j. 12.08.2015, DJE de 25.08.2015)

O mesmo não ocorre em relação ao usufruto, ante a existência de divergências constantes no entendimento doutrinário

e jurisprudencial, conforme leciona Maria Berenice Dias (2015, p. 256-257):

Também quanto a esse direito silencia o Código Civil, mas a omissão não pode ser interpretada como exclusão do direito. O usufruto foi assegurado à união estável, enquanto não constituída nova união (L 8.971/94 art. 2º).

Como essa lei não foi expressamente revogada, permanece em vigor. O fato de o Código Civil não mais prever o usufruto vidual no casamento não pode significar extinção de direito que continua previsto para a união estável. E, para evitar solução que afronte o princípio da igualdade, mister reconhecer que remanesce o direito de usufruto também no casamento, pois não cabe tratamento diferenciado a institutos similares.

Discorrendo ainda sobre o art. 1.790 do Código Civil, Flávio Tartuce (2013, p. 1320) esclarece que o comando legal não tem aplicação somente para os companheiros, mas também conviventes homoafetivos, diante da histórica decisão de equiparação do Supremo Tribunal Federal, de 5 de maio de 2011, asseverando que todas as menções sucessórias aos companheiros devem abranger aqueles que vivem em união homoafetiva, sem qualquer distinção prática.

Mas a polêmica de maior relevância é a suposta inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, questão esta levantada por alguns dos maiores doutrinadores sobre direito e família.

Zeno Veloso (2008, p. 1955), lamentando a redação do comando legal, leciona que:

As famílias são iguais, dotadas da mesma dignidade e respeito. Não há, em nosso país, família de primeira, segunda ou terceira classe. Qualquer discriminação, nesse campo, é nitidamente inconstitucional. O art. 1.790 do Código Civil desiguale as famílias. É dispositivo passadista, retrógrado, perverso. Deve ser eliminado o quanto antes. O Código ficaria melhor – e muito melhor – sem essa excrescência.

Enquanto a Constituição reza a relevância da entidade familiar em qualquer forma de organização na sociedade, o Código Civil de 2002 faz distinções quanto à ordem de vocação e os bens a serem sucedidos, gerando muitas dúvidas.

E a jurisprudência também dá amparo ao reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil:

Agravo de Instrumento. Inventário. Companheiro sobrevivente. Direito à totalidade da herança. Parentes colaterais. Exclusão dos irmãos da sucessão. Inaplicabilidade do art. 1.790, inc. III, do CC/2002. Incidente de inconstitucionalidade. Art. 480 do CPC. Não se aplica a regra contida no art. 1.790, inc. III do CC/2002, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF/1988, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento. Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança. Incidente de inconstitucionalidade argüido, de ofício, na forma do art. 480 do CPC. Incidente rejeitado, por maioria. Recurso desprovido, por maioria. (TJRS, Agravo de

Instrumento 70017169335, Porto Alegre, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 08.03.2007, DJERS 27.11.2009, p. 38).

Em razão do tratamento desigual no direito sucessório de casais em união estável, o Colendo Superior Tribunal de Justiça se pronuncia como alvo de incidente inconstitucionalidade, mas em 2012 o Órgão Especial da Corte Superior concluiu pela não apreciação dessa inconstitucionalidade, uma vez que o recurso cabível é o extraordinário, o qual deve ser julgado pelo guardião da Constituição Federal, ou seja, pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, razão pela qual a questão ainda não foi definitivamente resolvida.

E para tornar ainda mais polêmica a matéria aqui exposta, não podemos deixar de lado a denominada Família Paralela, consistente na convivência de um homem com duas mulheres, não raras vezes ambas com filhos.

Maria Berenice Dias (2015, p. 280) expõe de forma simples e sem delongas, as peculiaridades das várias formas de família paralela:

Existe uma realidade muito mais frequente do que se imagina. E, como é uma prática eminentemente - ou melhor, exclusivamente - masculina sempre foi tolerada pela sociedade. Mais do que aceita, sempre foi incentivada como prova de virilidade e sucesso pessoal, sendo alvo da inveja e admiração dos demais homens. É a manutenção de uniões paralelas: um homem e duas mulheres, duas famílias, muitas vezes ambas com prole. Ou uma constituída pelo casamento e uma união estável ou duas uniões estáveis. Já com relação às mulheres que se submetem, toleram ou sequer são sabedoras da duplicidade de vida de seus parceiros são alvo

da execração pública, principalmente por parte das outras mulheres.

E segue a eminente doutrinadora (2015, p. 280), divergindo da doutrina clássica, asseverando o atraso do ordenamento jurídico brasileiro em relação à veloz mudança da sociedade contemporânea em relação ao reconhecimento dos direitos, tanto de família quanto sucessórios, às famílias paralelas:

O Código Civil continua punindo a concubina, cúmplice de um adultério, negando-lhe os direitos assegurados à companheira na união estável. Ao contrário do que dizem muitos - e do que tenta dizer a lei (CC 1.727) -, o só fato de relacionamentos afetivos não poderem ser convertidos em casamento nem por isso merecem ficar fora do âmbito do direito das famílias. São relações que geram efeitos, principalmente quando existem filhos ou aquisição de patrimônio. A doutrina insiste em negar-lhe efeitos positivos na esfera jurídica. No entanto, não lhes outorgar qualquer efeito atenta contra a dignidade dos partícipes e dos filhos porventura existentes.

Possível visualizar posicionamentos diversos sobre o tema, quer em sede doutrinária, quer jurisprudencial, a evidenciar a ausência de uma orientação uniforme. Mas enunciado aprovado pelo IBDFAM reconhece efeitos jurídicos às famílias paralelas. E, como diz Giselda Hironaka, a família paralela, ou simultânea não é família inventada. Nem é família amoral ou imoral, nem aética, nem ilícita. É família, e como tal, também procura o seu reconhecimento social e jurídico, assim como os consequentes direitos advindos dessa sua

visibilidade na vida social e no sistema de direito brasileiro.

Entretanto, diante da obrigatoriedade imposta ao julgador em prestar a tutela jurisdicional mesmo diante da ausência de norma positivada que discipline o caso concreto, o que se extrai do art. 140 do Código de Processo Civil de 2015 e o do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, a jurisprudência já está moldando seu entendimento, conforme julgados a seguir transcritos:

APELAÇÃO. UNIÃO DÚPLICE. UNIÃO ESTÁVEL. PROVA. MEAÇÃO. "TRIAÇÃO". SUCESSÃO. PROVA DO PERÍODO DE UNIÃO E UNIÃO DÚPLICE. A prova dos autos é robusta e firme a demonstrar a existência de união entre a autora e o de cujus em período concomitante a outra união estável também vivida pelo de cujus. Reconhecimento de união dúplice. Precedentes jurisprudenciais. MEAÇÃO (TRIAÇÃO). Os bens adquiridos na constância da união dúplice são partilhados entre as companheiras e o de cujus. Meação que se transmuda em "triação", pela duplicidade de uniões. DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. POR MAIORIA. (TJRS, Apelação Cível Nº 70011258605, 8ª Câmara Cível, Relator: Rui Portanova, j. 25/08/2005)

UNIÕES ESTÁVEIS. CONCOMITÂNCIA. Civil. Ações de Reconhecimento de Uniões Estáveis "post mortem". Reconhecimento judicial de duas uniões estáveis havidas no mesmo período. Possibilidade. Excepcionalidade. Recursos desprovidos. 1 - Os elementos caracterizadores da união estável não devem ser tomados de forma rígida, porque as relações sociais e pessoais são altamente

dinâmicas no tempo. 2 - Regra geral, não se admite o reconhecimento de duas uniões estáveis concomitantes, sendo a segunda relação, constituída à margem da primeira, tida como concubinato ou, nas palavras de alguns doutrinadores, "união estável adulterina", rechaçada pelo ordenamento jurídico. Todavia, as nuances e peculiaridades de cada caso concreto devem ser analisadas para uma melhor adequação das normas jurídicas regentes da matéria, tendo sempre como objetivo precípua a realização da justiça e a proteção da entidade familiar - desiderato último do Direito de Família. 3 - Comprovado ter o "de cujus" mantido duas famílias, apresentando as respectivas companheiras como suas esposas, tendo com ambas filhos e patrimônio constituído, tudo a indicar a intenção de constituição de família, sem que uma soubesse da outra, impõe-se, excepcionalmente, o reconhecimento de ambos os relacionamentos como uniões estáveis, a fim de se preservar os direitos delas advindos. 4 - Apelações desprovidas. (TJDF, 1ª Turma Cível, Apelação Cível n.º 2005031015372-9, rel. Des. Nívio Geraldo Gonçalves, j. 27.02.2008, m.v.).

Assim, como corriqueiramente acontece em nosso país, o Poder Judiciário vem de certa forma suprindo as lacunas legislativas oriundas do atraso em acompanhar as mudanças sociais, não deixando de albergar as necessidades jurídicas da sociedade.

5. CONCLUSÃO

O desenvolvimento deste trabalho foi de enorme relevância, embora nem se possa cogitar em esgotamento do tema ante sua complexidade e polêmica. Em 1994 e 1996 foram criadas duas leis regulando as relações de fato. Com a promulgação da

Constituição Federal de 1988, albergou-se a família, conferindo-lhe especial proteção, equiparando a união estável ao casamento, e instituindo amparo e proteção constitucional à entidade familiar.

O Código Civil de 2002, ao dispor sobre do direito de família, confere direitos aos companheiros com a partilha dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável.

Mas quanto ao direito sucessório, as polêmicas e críticas são voltadas ao artigo 1.790 e seus incisos, o qual prevê a concorrência do companheiro supérstite com os colaterais, motivo pelo qual a doutrina e a jurisprudência vêm se manifestando como alvo de incidente de inconstitucionalidade, cujo entendimento não é unânime.

De outro aspecto, a Carta Magna não tratou de modo diferenciado nenhuma forma de arranjo familiar, dentre as quais está união homoafetiva. O fenômeno da convivência entre pessoas do mesmo sexo, fez com que o STF manifestasse o seu reconhecimento como forma de constituição de família, aplicando-se, por analogia, as mesmas normas da união estável com efeito sucessório.

Não menos importante é a outra entidade familiar exposta neste artigo, qual seja, a família paralela, caracterizando-se atualmente como polêmica na área do direito, sofrendo, conseqüentemente, um grau maior de discriminação, à frente da união homoafetiva, se comparada com o casamento.

No desenvolver deste trabalho, foi exposta a complexidade que envolve as questões de direito de família e sucessões, focando nas desigualdades instituídas pelo Código Civil de 2002 entre o casamento e as demais entidades familiares, sob o fundamento jurídico Constitucional e os princípios fundamentais, o que merece especial atenção do legislador ordinário, visando sanar os resquícios de inconstitucionalidades apontados pelos operadores do direito em relação ao artigo 1.790 do citado diploma legal.

Mas o que chama mais atenção ao final deste trabalho é a incapacidade do Estado em acompanhar as mudanças cada vez mais frequentes nas relações sociais concernentes à família, o que vem sendo, de certa forma, suprida pela doutrina e jurisprudência, esta última por imposição legal.

Ficou claro, portanto, que o avanço tecnológico, em especial na área da comunicação, acompanhado da globalização, gera grandes e rápidas mudanças nas relações sociais, razão pela qual o direito se mostra incapaz de acompanhar a evolução da sociedade, mormente ante a obrigação de ser cauteloso quando se trata do principal princípio insculpido na carta magna, qual seja, o da dignidade da pessoa humana.

6. REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. *Manual de Direito das Famílias*. 10. ed. Ver. e atual. e ampl. São Paulo, RT 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Direito de família. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 5.

_____. *Curso de Direito Civil brasileiro*. Direito de família. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 5.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Direito de Família. São Paulo. Saraiva 2011. v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro*. Direito das Sucessões. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009. v. 7

_____. *Direito Civil Brasileiro*. Direito de Família. 11 ed. São Paulo. Saraiva. 2014.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. Volume único. 3ª ed. Rev. e at. São Paulo: Método. 2013.

VELOSO, Zeno. *Do direito sucessório dos companheiros*. In: Direitos de família e o novo Código Civil. 3. ed. PEREIRA, Rodrigo da Cunha; DIAS, Maria Berenice [coords.]. Belo Horizonte: Del Rey/IBDFAM, 2003.

_____. *Código Civil comentado*. 6. ed. Coord. Ricardo Fiúza e Regina Beatriz Tavares da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008,

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. Direito de Família. 8ª. ed. São Paulo: Atlas, 2008, v. 6.

NOTA: _

[1] Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais, na Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2005). Especialização em Direito Público, na Escola Paulista de Direito (2006). Especialização em Direito Tributário, no Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (2008). Especialização em Direito Empresarial e Tributário, na Uniletoledo/Araçatuba (2013). Especialização em Direito Civil, na Anhanguera/Uniderp (2013). Especialização em Direito Constitucional, na Anhanguera/Uniderp (2014). Mestrado Profissional em andamento em Ciências Ambientais, na Universidade Camilo Castelo Branco, Campus Fernandópolis-SP. Aluna Regular do Programa de Cursos para Doutorado, na Universidad de Buenos Aires. Advogada no escritório de advocacia Páez & Bertolo. Professora Universitária na Universidade Camilo Castelo Branco.

DEPÓSITO JUDICIAL INTEGRAL DO DÉBITO TRIBUTÁRIO NÃO ENSEJA O BENEFÍCIO DA DENÚNCIA ESPONTÂNEA - O CUSTO DE CONFORMIDADE E O CUSTO ADMINISTRATIVO

PEDRO PAULO MONTEDONIO: Advogado. Aprovado no concurso para Procurador da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, aprovado no concurso para Procurador da Procuradoria-Geral do Município de Salvador, aprovado no concurso para Procurador da Procuradoria-Geral do Município de Palmas. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes.

Resumo: O instituto da denúncia espontânea, previsto no art. 138 do Código Tributário Nacional (CTN), é visto como uma medida valorizadora da boa-fé objetiva do sujeito passivo da obrigação tributária e, concomitantemente, uma forma da Administração Fazendária diminuir os custos em processos fiscalizatórios. Com espeque nesta premissa, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) assevera que o mero depósito judicial integral do débito tributário não enseja o benefício da denúncia espontânea, haja vista não proporcionar o imprescindível balanceamento entre o custo de conformidade e custo administrativo.

Palavras-chave: Denúncia espontânea. Art. 138 do CTN. Boa-fé objetiva. Custo de conformidade e custo administrativo. STJ.

1) INTRODUÇÃO

O benefício da denúncia espontânea é um instituto estimulador da conduta honesta, proba e leal do sujeito passivo da obrigação tributária, valorizando o princípio da boa-fé objetiva. Nos dizeres de Nelson Rosenvald, a boa fé-objetiva “compreende um modelo de eticização de conduta social,

verdadeiro standard jurídico ou regra de comportamento, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção”[\[1\]](#).

O devedor, antes da instauração de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização pelo Fisco, confessa para este que praticou uma infração tributária e paga os tributos em atraso em conjunto com os juros de mora. Em decorrência desta conduta, são excluídas da cobrança as multas punitivas e moratórias contra ele, conforme preconiza o art. 138 do CTN:

Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

2) REQUISITOS DA DENÚNCIA ESPONTÂNEA

Conforme jurisprudência pacífica do STJ, para que haja o deferimento da denúncia espontânea é necessário que ela seja eficaz. Para tanto, é possível elencar como requisitos i) a confissão da infração (denúncia); ii) pagamento integral do tributo, incluindo os juros moratórios; e iii) espontaneidade, ou seja, os dois primeiros devem ocorrer em data anterior a qualquer procedimento fiscalizatório da Fazenda referente à infração denunciada.

No que tange ao pagamento, é salutar destacar que este deve ser realizado integralmente e à vista, não havendo possibilidade de parcelamento. Na hipótese deste ocorrer, obstaculizado estará o

afastamento da multa, com arrimo no art. 155, §1º, do *Codex Tributário*:

Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica.

§ 1º Salvo disposição de lei em contrário, o parcelamento do crédito tributário **não exclui a incidência de juros e multas**. (grifo meu)

Neste sentido caminha o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 545 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. CTN, ART. 138. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO FORA DO PRAZO. IRRF. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DIFERENÇA NÃO CONSTANTE DA DCTF. POSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DA MULTA MORATÓRIA. 1. É cediço na Corte que "Não resta caracterizada a denúncia espontânea, com a conseqüente exclusão da multa moratória, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação declarados pelo contribuinte e recolhidos fora do prazo de vencimento." (REsp n.º 624.772/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 31/05/2004) 2. A inaplicabilidade do art. 138 do CTN aos casos de tributo sujeito a lançamento por homologação funda-se no fato de não ser juridicamente admissível que o contribuinte se socorra do benefício da denúncia espontânea para afastar a imposição de multa pelo atraso no pagamento de tributos por ele

próprio declarados. Precedentes: REsp n.º 402.706/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 15/12/2003; AgRg no REsp n.º 463.050/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 04/03/2002; e EDcl no AgRg no REsp n.º 302.928/SP, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 04/03/2002. **3. Não obstante, configura denúncia espontânea, exoneradora da imposição de multa moratória, o ato do contribuinte de efetuar o pagamento integral ao Fisco do débito principal, corrigido monetariamente e acompanhado de juros moratórios, antes de iniciado qualquer procedimento fiscal com o intuito de apurar, lançar ou cobrar o referido montante,** tanto mais quando este débito resulta de diferença de IRRF, tributo sujeito a lançamento por homologação, que não fez parte de sua correspondente Declaração de Contribuições e Tributos Federais. 4. In casu, o contribuinte reconhece a existência de erro em sua DCTF e recolhe a diferença devida antes de qualquer providência do Fisco que, em verdade, só toma ciência da existência do crédito quando da realização do pagamento pelo devedor. 5. Ademais, a inteligência da norma inserta no art. 138 do CTN é justamente incentivar ações como a da empresa ora agravada que, verificando a existência de erro em sua DCTF e o conseqüente autolancamento de tributos aquém do realmente devido, antecipa-se a Fazenda, reconhece sua dívida, e procede ao recolhimento do montante devido, corrigido e acrescido de juros moratórios. 6. Exigir qualquer penalidade após a espontânea denúncia é

conspirar contra a ratio essendi da norma inserida no art 138 do CTN, malferindo o fim inspirador do instituto, voltado a animar e premiar o contribuinte que não se mantém obstinado ao inadimplemento. (...)” (STJ, Primeira Turma, AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – 600847, Data da Publicação: 05/09/2005.) – grifo meu

Ademais, é importante salientar que o termo final para apresentação da confissão se dá com o início do procedimento administrativo apurador da infração por parte da Administração Tributária, o qual se consubstancia no documento denominado “Termo de Início de Fiscalização”, previsto no art. 196 do CTN:

Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Parágrafo único. Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo.

Nos dizeres de Luciano Amaro, “não basta o início de qualquer procedimento ou a existência de qualquer medida de fiscalização por parte da repartição fiscal competente para apurar a infração praticada. É necessário, além disso, que a atuação do Fisco esteja relacionada com a infração, no sentido de que o prosseguimento normal dos trabalhos tenha a possibilidade (não a certeza) de identificar a prática da infração. Se a medida de fiscalização diz respeito limitadamente ao exame de determinado assunto, e a infração se refere à matéria estranha àquela que esteja

sendo objeto da investigação, a espontaneidade não estará afastada.”[\[2\]](#)

3) ENFOQUE AXIOLÓGICO E ECONÔMICO DO INSTITUTO

Na esteira do entendimento doutrinário, há dois aspectos levados em consideração na denúncia espontânea: axiológico e econômico. No que toca ao primeiro, traduz-se no comportamento considerado moral e adequado do infrator adiantar-se de forma espontânea à Administração Tributária, denunciar-se e, se for o caso, pagar o tributo devido. Ou seja, a conduta ética é traduzida em arrependimento e sinceridade do contribuinte e traz a ele o benefício da exclusão da responsabilidade pela infração, em verdadeiro perdão concedido pela Lei.

Quanto ao elemento econômico, a denúncia espontânea opera-se sob a ótica da relação custo-benefício para a Administração Tributária, tendo em vista que a antecipação do pagamento do tributo pelo contribuinte, sem o prévio exame da autoridade, somando-se à obrigação tributária acessória de entregar documento no qual é feita a declaração e a confissão de débito, tendo por consequência a constituição do crédito tributário, substitui, nessa medida, o lançamento que deveria ser realizado pela autoridade administrativa.

Portanto, no momento em que o legislador previu essa benesse fiscal, o fez para que houvesse uma diminuição do custo administrativo (custo da Administração Tributária) e acrescentando um custo de conformidade ao contribuinte, aumentando seu custo total. Nos dizeres do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 962.379-RS (DJe 28/10/2010), julgado conforme o rito do art. 543-C do CPC, e do exame da Súmula n. 360 do STJ ("O benefício da denúncia espontânea não se aplica aos tributos sujeitos a lançamento por homologação regularmente declarados, mas pagos a destempo"), conclui-se somente admite é admitida denúncia espontânea quando o Fisco é preservado dos custos administrativos de lançamento.

Nas palavras do Ministro Mauro Campbell Marques, “a denúncia espontânea somente se configura quando a Administração Tributária é preservada dos custos administrativos correspondentes à fiscalização, constituição, administração, cobrança administrativa e cobrança judicial dos créditos tributários. Assim é a denúncia espontânea: uma relação de troca entre o custo de conformidade (custo suportado pelo contribuinte para se adequar ao comportamento exigido pelo Fisco) e o custo administrativo (custo no qual incorre a máquina estatal para as atividades acima elencadas) balanceada pela regra prevista no art. 138 do CTN”.

4) DEPÓSITO JUDICIAL INTEGRAL NÃO CONFIGURA DENÚNCIA ESPONTÂNEA

Tendo em vista a necessidade da relação de troca entre o custo de conformidade e custo administrativo, percebe-se que o mero depósito integral do débito tributário e dos respectivos juros de mora para futura discussão do débito tributário, ainda que seja realizado anteriormente a qualquer procedimento de fiscalização, não configurará denúncia espontânea.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do [EREsp 1.131.090-RJ](#), de relatoria do Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 28/10/2015, DJe 10/2/2016, esclarece a questão:

“No caso em análise, além de **não haver relação de troca entre custo de conformidade e custo administrativo a atrair caracterização da denúncia espontânea, na hipótese, houve a criação de um novo custo administrativo para a Administração Tributária em razão da necessidade de ir a juízo para discutir o crédito tributário cuja exigibilidade encontra-se suspensa pelo depósito**, ao contrário do que ocorre, v.g., em casos ordinários de constituição de crédito realizado pelo contribuinte pela entrega da declaração acompanhada do pagamento integral do tributo.

Por fim, observe-se que o atual entendimento de ambas as Turmas de Direito Público desta Corte (AgRg nos EDcl no REsp 1.167.745-SC, Primeira Turma, DJe 24/5/2011- e AgRg no AREsp 13.884-RS, Segunda Turma, DJe 8/9/2011) é no sentido de que apenas o pagamento integral do débito que segue à sua confissão é apto a dar ensejo à denúncia espontânea.” – grifo meu

5) CONCLUSÃO

Com supedâneo no exposto acima, percebe-se que o instituto da denúncia espontânea se mostra como importante instrumento estimulador da boa-fé objetiva do sujeito passivo da obrigação tributária, assim como gerador de economia para Administração Tributária ao eximi-la do custo administrativo dos procedimentos fiscalizatórios.

A via de mão dupla no momento da concessão da benesse é salutar, pois ao prestigiar a conduta leal, proba e honesta do sujeito passivo da obrigação tributária no momento em que, espontaneamente, confessa os ilícitos praticados e paga o valor total (custo de conformidade), a Administração tributária deixará de aplicar as multas punitivas e moratórias e economizará os valores que seriam despendidos no procedimento que o Fisco teria para realizar à sua exigência (custo administrativo).

Desta feita, está em perfeita sintonia com o ordenamento jurídico a decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de afastar a denúncia espontânea quando ocorrer o depósito judicial integral do débito tributário e dos respectivos juros de mora, visto que ensejará novos custos à Administração Tributária por conta da necessidade de discutir, no âmbito jurisdicional, o crédito tributário com exigibilidade suspensa em razão do depósito (art. 151, II, do Código Tributário Nacional).

REFERÊNCIAS

ROSENVOLD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no código civil. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 80.

AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006., p. 452.

NOTAS:

[1] ROSENVOLD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no código civil. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 80.

[2] AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2006., p. 452.

A [IN]EFICÁCIA DO PRINCÍPIO DA LAICIDADE EM FACE DE ATOS ESTATAIS ATENTATÓRIOS À GARANTIA CONSTITUCIONAL DE EQUIDISTÂNCIA A TODAS AS MANIFESTAÇÕES RELIGIOSAS

PHABLO FREIRE PAIVA: Advogado, professor universitário, pós-graduado em gestão de cidades pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina (FACAPE), pós-graduando em Direito Constitucional Aplicado pela Damásio Educacional. Mestrando em Psicologia Social pelo Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal do Vale do São Francisco (UNIVASF).

Sumário: 1 Introdução; 2 Das Origens do Estado Democrático de Direito; 2.1 Do Ideal Constitucionalista; 2.2 Da Marcha Constitucional Brasileira; 2.2.1 Da Supremacia Normativa da Constituição De 1988; 2.3 Do Princípio da Laicidade; 2.3.1 Da Secularização, as Bases Conceituais da Laicidade Estatal; 2.3.2 O Princípio Da Laicidade Na Constituição De 1988; 2.3.2.1 A Duplice Dimensão Do Princípio Da Laicidade No Direito Brasileiro; 2.3.2.2 Princípio Da Laicidade como meio de Proteção das religiões contra o assédio do Estado; 2.3.2.1.2 Princípio Da Laicidade como meio de proteção do Estado contra o assédio religioso; 2.4 Laicidade e laicismo; 3 Dos atos atentatórios ao Princípio da laicidade; 3.1 Atos atentatórios emanados do executivo; 3.2 Atos atentatórios emanados do legislativo; 3.3 Atos atentatórios emanados do judiciário; 3.4 A crise do estado laico e o risco às liberdades e à solidez do Estado Democrático de Direito; 3.5 Costume contra legem; 4 Enfraquecimento democrático ante o posicionamento antilaico estatal; 4.1 Conceito e função da democracia; 4.2 Laicidade Ficta; 4.3 A urgente imposição da eficácia da laicidade estatal como método de promoção da democracia, liberdade plena de expressão religiosa e igualdade; 5 Considerações finais; Referencial Bibliográfico.

1. INTRODUÇÃO

Funda-se o atual Estado nacional com a promulgação, em 5 de outubro de 1988, da lei fundamental: a Constituição da República Federativa do Brasil. Em seu texto e teor, a Carta Magna reflete uma marcha, para muito além das fronteiras nacionais, em direção à conquista, manutenção e ampliação de direitos e garantias fundamentais.

Em sua magistral obra, Bulos (2014) assevera que “a história das civilizações resume-se, até nossos dias, no embate entre a opressão e a liberdade. Daí a busca pelo reconhecimento dos direitos fundamentais”, de modo que não apenas devessem existir e serem percebidos numa esfera abstrata, sujeita aos interesses dos homens que regulassem o poder e nele exprimissem seus ideias, mas acima deles e sobre eles mesmos superior. Na esteira das lutas pela igualdade entre os povos, surgem ideais como o Constitucionalismo, materializando a peleja para efetivação das conquistas jurídicas e sociais gradativa e historicamente alcançadas[1], livrando-as do aspecto de fragilidade decorrente de um ausente positivismo. Assim, este constitucionalismo[2] desponta para muito além da simples técnica jurídica de tutela das liberdades, mas, como destaca Bulos (2014), em direção a uma “nova ideologia ou método de análise do Direito”, que “inaugura um novo modelo de Estado de Direito”[3].

Neste diapasão, incontáveis poderiam ser os tópicos abordados, quando pensadas as fragilidades jurídicas que outrora pairavam e se perpetravam em torno das garantias e direitos fundamentais. Todavia, é objetivo deste estudo dedicar-se a uma delas especificamente, qual seja a garantia da Laicidade Estatal, que se manifesta, de forma dúplice[4], pela garantia da inviolabilidade à liberdade de consciência e crença e pela determinação de distanciamento, que deve o Estado assumir, em relação à toda e qualquer manifestação religiosa.

A problemática central abordada neste trabalho é a observação do quão eficaz é o Princípio da Laicidade, quando analisada a efetivação de atos emanados dos três poderes, indo estes de encontro ao ideal de proteção e distanciamento das liberdades religiosas. Em outros termos, questiona-se se, em manifestando o Estado, por meio de seus agentes presentes nos três poderes, atos que tendem ou assemelham-se à predileção por determinadas manifestações religiosas, não estaria atendendo contra tal princípio aquele que precipuamente deveria protegê-lo, e quais efeitos jurídicos restariam manifestos e irradiados, em se concluído o efetivo atentado estatal à laicidade.

A questão é admitida em abstrato, considerada não a partir de um determinado caso concreto, pois o que se pretende é a observação da eficácia (ou não) principiológica. Logo, quando elencado, a título exemplificativo, um rol de situações que demonstrem estes mesmos atos, emanados pelos poderes, deseja-se demonstrar e analisar eventual atentado contra o princípio em estudo, sendo eles meros exemplos do quadro maior que se intenta apreciar, sem contudo configurar distanciamento da seara da análise jurídico-teórica que ocasione prejuízo ao estudo.

Em que pese a aparente simplicidade e irrelevância do tema, destaque-se que as questões relativas à proteção às liberdades são desdobramentos imperativos à própria manutenção da democracia, e por sua vez do próprio ideal de Estado Democrático, de modo que, em sendo observada e demonstrada, por mais sutil que possa vir a ser, ameaça ou lesão a dado direito ou garantia, restaria flagrante o atentado contra o próprio Estado. Neste sentido, e nele logrando aprofundamento, como bem aponta Lorea et al (2008), o mundo moderno marcado essencialmente pelo pluralismo e multiculturalismo somente poderia ser protegido em um ambiente regido pela laicidade, em que o Estado estaria apto, efetivamente, à promoção da democracia. Portanto, há que se destinar necessária atenção ao estudo do tema.

Como metodologia compreende-se um conjunto de métodos, processos ou técnicas que uma vez conjugados possibilitam ao pesquisador o regular desenvolvimento do trabalho científico. No tocante ao método empregado para implemento deste trabalho, utilizou-se uma combinação de distintos processos e técnicas de investigação. Primeiramente recorreu-se ao processo analítico-sintético, que leva o pesquisador a uma observação do conteúdo global de modo a dirigir-se ao exame de suas partes, isoladamente admitidas, após uma percepção mais ampla. Tal processo é largamente utilizado em produções jurídicas, haja vista a necessidade de análise prévia de dispositivos legais gerais para compreensão de diplomas mais específicos, ou mesmo de situações fáticas decorrentes e interligadas ao teor legal, o que se manifestou no curso da produção pela análise previa do conteúdo principiológico para apenas em seguida passar-se ao estudo e observação dos casos concretos. Nesse ínterim, o método dedutivo, no qual o pesquisador parte de princípios gerais para a compressão das particularidades, é notadamente aplicado, e associado, em grande parte deste trabalho, ao método comparativo, que implica no estudo comparado de distintos sistemas jurídicos, de leis ou códigos anteriores ou externos ao ordenamento pátrio, com intuito de ampliação das possibilidades hermenêuticas pretendidas nesta produção. E, finalmente, utilizou-se o método dogmático, que preconiza a apreensão e compreensão das normas jurídicas, em sua natureza abstrata, geral e cogente, haja vista a essência do tema e sua inafastável imperatividade.

No tocante à estrutura, o trabalho apresenta já em seu Capítulo II uma abordagem dos conceitos de Estado Democrático e Constitucionalismo, bem como da importância dos princípios e garantias para os atuais contornos dos Estados Democráticos de Direito, além de adentrar no Princípio da Laicidade. No Capítulo III, é abordado, em caráter exemplificativo, um rol de atos, emanados pelos poderes, que podem ser considerados como atentatórios à garantia constitucional em estudo, momento no qual o questionamento central da produção é tangenciado. Em seguida, no Capítulo IV é tratada a crise do Estado laico e o risco que isto

representa às liberdades, momento em que será abordada a jurisprudência pátria e internacional, além do direito comparado. Finalmente, no Capítulo V os pontos mais relevantes ao tema serão analisados, fazendo-se uso da produção doutrinária, e num encaminhamento para as Considerações Finais, onde serão tecidas as ponderações que encerram a produção científica.

Por tudo, pretende-se demonstrar, por meio do material agrupado, produzido e aqui exposto, a importância ímpar da proteção às liberdades, sobretudo àquelas impressas nos direitos à manifestação de crença, que consagram em si mesmas facetas dos pilares do Estado Democrático.

2. DAS ORIGENS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Os limites epistemológicos do presente trabalho podem ser percebidos na apreensão do conteúdo do Princípio da Laicidade, e na explanação acerca de sua eficácia em nosso sistema jurídico. Por conseguinte, para êxito deste propósito, antes mesmo de adentrar, especificamente, no conteúdo proposto, faz-se necessário algumas brevíssimas considerações sobre o próprio sistema jurídico em que se insere este estudo, haja vista não ser o direito um fenômeno estanque e sim uma materialização simbólica contínua dos povos, como já apontava Savigny. Imprescindível se faz, portanto, ter uma perspectiva, por mais rasa que seja, sobre o processo de construção histórica que resultou no atual momento em que se situa esta produção.

Ao estudar as raízes do Estado moderno, Streck e Morais (2003) recorrem aos ensinamentos de Bobbio, que por sua vez elenca três características essenciais ao homem, que devem ser consideradas quando tratado este tema:

O homem é um animal *teleológico*, que cumpre ações e se serve de coisas úteis para obter seus objetivos [...] é um animal *simbólico*, que se comunica com seus semelhantes através

de símbolos dos quais o mais importante é a linguagem [...] é um animal *ideológico*, que utiliza valores vigentes no sistema cultural no qual está inserido, a fim de racionalizar seu comportamento, alegando motivos diferentes dos reais, com o fim de justificar-se ou de obter o consenso dos demais. (STRECK e MORAIS, 2003, p. 17-18)

É preciso considerar, conforme ensina o referido autor, que cada ação humana está sempre impregnada, de forma evidente ou não, por inúmeros significados provenientes dos símbolos instrumentalizados pela sociedade em que está inserido e que este movimento simbólico do qual fazem uso os indivíduos, justifica-se pelo fim para qual se dirigem, mesmo quando não é este claramente manifesto[5].

Streck e Morais (2003) consideram que o termo Estado é relativamente novo[6], porém seu conteúdo sempre esteve presente nesta intenção final do homem, qual fosse a de, juntando-se em grupos, escapar da barbárie e da fragilidade oriunda do isolamento, aumentando assim suas chances de sobrevivência e prosperidade. Portanto considerando o termo e não o ideal em si, ao menos por ora, dividem Streck e Morais (2003) dois períodos em que o Estado pode ser considerado (o pré-moderno e o moderno), considerações que serão deveras importantes a este estudo em um momento próximo:

É importante que se estabeleçam alguns parâmetros identificadores do que nominamos “formas estatais pré-modernas, saber: A – O *Estado Antigo (orientado ou Teocrático)*, como sendo uma **forma estatal definida entre as antigas civilizações do Oriente ou do Mediterrâneo, onde a família, a religião, o Estado e a organizações econômica formavam um conjunto confuso, sem**

diferenciação aparente. Em consequência, não se distinguia o pensamento político da religião [...] B – O *Estado Grego*, cujas características fundamentais podem ser elencadas como sendo: a) cidades-Estados, ou seja, a *polis* como sociedade política de maior expressão, visando ao ideal da auto-suficiência; b) uma elite (classe política), com intensa participação nas decisões do Estado nos assuntos públicos [...] D – O *Estado Antigo*, que tinha as seguintes características: a) não eram Estados nacionais, ou seja, o povo não estava ainda ligado por tradições, lembranças, costumes língua e cultura, mas por produtos de guerras e conquistas; b) modelo social baseado na separação rígida das classes e no sistema de castas; c) governos marcados pela autocracia ou por monarquias despóticas e o caráter autoritário e teocrático do poder político; d) sistema econômico (produção rural e mercantil) baseado na escravidão; e) **profunda influencia religiosa**. (STRECK e MORAIS, 2003, p.20) (grifo nosso)

Deste modo, Streck e Moraes destacam que, a despeito de poucas variações, um dos traços marcantes desta seleção histórica que caracteriza os estados pré-modernos é a presença do fator religioso na determinação do modo de vida social e na organização política. Desde os primeiros conceitos de Estado (o antigo), já lhe era sinônimo o aspecto teocrático e, embora tenha evoluído, conforme a marcha social, perpassando pelo gregos, romanos e mais recentemente na era medieval, preservou-se aquele caráter confuso onde a influência religiosa determina as condutas sociais, revelando em verdade a sobreposição de um específico grupo composto por aqueles que detêm as revelações e verdades divinas sobre todos os demais.

Existe assim uma nítida dependência dos ditames religiosos[7], vigentes em cada época, na composição do arcabouço ideológico que compõe estes Estados; são eles mesmos os paradigmas elementares que sustentam esse modo de viver.

Como mencionado há pouco, os autores citados distinguem dois períodos da história dos Estados, sendo o pré-moderno este mencionado até aqui, e o moderno, que se abordará mais adiante. Porém, entendem necessário aprofundar o porquê de tal dicotomia[8], de modo a ser prudente pontuar a importância da separação dos dois termos:

O Estado moderno é uma inovação. A começar pelo fato de que, no feudalismo, o poder individualizado – encarna-se num homem que concentra na sua pessoa os instrumentos da potência e a justificação da autoridade [...] como contraponto, no Estado Moderno a dominação passa a ser legal-racional [...] como aquela decorrente de estatuto, sendo seu tipo mais puro a “dominação burocrática”, onde qualquer direito pode ser criado e modificado mediante um estatuto sancionado corretamente quanto à forma; ou seja, obedece-se não à pessoa em virtude de seu direito próprio, mas à regra estatuída. (STRECK e MORAIS, 2003, p.26)

Observa-se então, como importante fator histórico que recebe destaque pelos autores que, o arcabouço que legitima os Estados migra da figura exclusiva do indivíduo, que é respaldado pela religião (aquele que melhor a representa, muitas vezes por ser o detentor dos conhecimentos inerentes a ela), para a própria lei. Para um sistema racional que não sustenta-se diretamente no homem, mas antes num conjunto racional lógico que, uma vez estatuído, em regra, não deveria dele mais depender, subjugando, inclusive, aqueles que o criam. Neste sentido destacam Streck e Morais

(2003) que é “característica do Estado Moderno [...] essa autonomia, essa plena soberania do estado, a qual não permite que sua autoridade dependa de nenhuma outra autoridade”, apontando esse momento como marcado pelo “direito através da lei, [...] à diferença do direito consuetudinário”.

O Estado Democrático de Direito, hoje modelo vigente, deriva de uma sequência de mudanças sociais e políticas que converge elementos dos modelos imediatamente anteriores, na busca de um possível equilíbrio proveniente das diferenças entre o Estado Liberal[9], em que predominava a inércia estatal em relação às preocupações sociais, e o desprezo à democracia, característico ao Estado Social.

O paradigma, segundo Habermas (1997) é “pano de fundo não temático” que determina diretamente a percepção dos atores sociais, de suas realidades e do modo como as interações se produzem. Desta feita, dedica-se o referido autor em sua obra[10] a expor a sucessão dos paradigmas constitucionais que acompanharam as realidades sociais de cada período. Sendo assim, quando se diz que no Estado liberal a intervenção e proteção aos interesses difusos era mínima, certamente há uma relação direta com o texto constitucional que regia o Estado àquela época, haja vista a necessária relação entre o paradigma vivenciado e a Constituição vigente, que era sem dúvida reflexo daquele.

É sabido que historicamente não logra êxito o Estado Liberal, por distanciar-se por demais das demandas sociais. Quando de sua derrocada, ergue-se o Estado Social, cujo papel é consideravelmente ampliado, com intensa participação em diversas áreas da vida social. Neste sistema jurídico, o intervencionismo estatal é nítido, demasiado, sobretudo na seara econômica, por meio da produção de inúmeros regulamentos, instrumentos normativos e até mesmo na confusão de atribuições entre os poderes, em que o Executivo fazia as vezes de Legislativo, quando lhe era conveniente. No entanto, embora agindo de maneira exacerbada, em determinados aspectos, restou ausente no tocante

ao implemento de uma igualdade material entre os indivíduos, produzindo uma realidade formal que em nada se aproximava da vida real dos cidadãos, fomentando deste modo o próximo momento histórico.

O Estado Democrático de Direito surge exatamente como resposta ao desejo de maior intervenção estatal para promoção de uma igualdade material e controle dos excessos da administração pública, que eventualmente atingiam os interesses dos particulares. Neste sentido erige-se importante paradigma, qual seja o da legitimação da ordem pública por meio de uma maior participação social.

Ganha assim novos contornos este novo formato de ordenamento jurídico, que busca o equilíbrio entre os aspectos bem sucedidos de seus antecessores. A ideia central passa a ser a de promoção de segurança jurídica, na aplicação de um direito destinado tanto aos indivíduos quanto ao próprio Estado, exaltando-se desta forma a visão, então emergente, de um ordenamento jurídico complexo, regido pelo positivismo jurídico, e concretizado a partir do ideal constitucional, que a seu turno privilegia a razão em detrimento da religiosidade tão presente no Estado pré-moderno, isto num evidente reflexo das mudanças intelectuais e sociais que experimentava o mundo àquele período.

Todavia, para além de um mero reflexo histórico, a predileção pela análise racional dos processos jurídicos mostra-se, ao longo dos anos, como o melhor caminho encontrado pelo homem para o vislumbre do equilíbrio, sobretudo quando pensado aquele ideal de Estado autônomo, aqui já mencionado. Machado Neto (1996) bem comenta a esse respeito, ao destacar que “o estudo do ordenamento jurídico como uma estrutura sistemática coerente é um estudo ainda de lógica jurídica formal, pelo menos no essencial, tal como a análise lógica de um discurso, que procurasse expungir-lo de toda contradição interna”.

Assim, para avançar na compreensão deste Estado Moderno e de suas mais atuais manifestações, faz-se oportuno abordar, mesmo que de modo igualmente sucinto, as questões relativas ao movimento constitucionalista, seu conteúdo ideológico e sua relevância para a consolidação dos Estados, fundados na razão humana (e não na inspiração divina) como recurso de legitimação do poder.

2.1 DO IDEAL CONSTITUCIONALISTA

Um dos grandes problemas na transição entre Estados pré-modernos e modernos é a questão da legitimidade necessária à sua sustentação. No período definido por Streck e Moraes (2003) como anterior à modernidade, fundava-se o Estado no império dos homens imbuídos de responsabilidades predominantemente divinas, haja vista o preponderante teor religioso que perpassava as culturas. No entanto, era evidente, por este mesmo fator recorrente de legitimação, sua ilegitimidade, por emanar de determinado seguimento, grupo ou prisma isolado, e não representar toda a coletividade para qual se destinava aquele Estado.

Tinha-se ainda o problema da religiosidade como recurso de estruturação lógica, que especialmente durante a modernidade foi um aspecto social amplamente combatido[11], alvo de incontáveis construções filosóficas e políticas cujo objetivo era deslocar o centro do pensamento, do campo religioso para o racional, retirando de “Deus” o controle da sociedade e entregando-o aos “homens”. Obviamente, o que se pretende colocar aqui é a notória mudança de pensamento que ocorreu na Europa no período de transição entre a idade média e a moderna, em que se buscou difundir o antropocentrismo e o racionalismo para suplantar o teocentrismo.

Passaram portanto os pensadores a dotar o Estado de uma necessária autonomia, dos antigos arquétipos legitimadores, capacitando-o a existir por si mesmo, pela necessidade prévia do homem em organizar-se em sociedade guiado pela racionalidade.

O Estado busca assim meios de externar e consolidar aquela autonomia, distante dos ditames teocráticos, buscando um eixo seguro nos alicerces da razão, de onde poderia extrair a solidez necessária a sua perpetuação. Por isso mesmo, este Estado Moderno passa a ser pensado e lapidado, como já dito, em torno da razão humana, como ensina Canotilho (1993); “O Estado [...] constitui forma de racionalização e generalização do político nas sociedades modernas”.

Neste diapasão, emerge o ideal constitucional como recurso hábil para instrumentalizar, tanto o reconhecimento dos direitos mais elementares, carentes de perpetua proteção, quanto à limitações do arbítrio dos antigos legitimadores, como se observa no fragmento abaixo:

A história das civilizações resume-se, até os nossos dias, no embate entre a opressão e a liberdade. Daí a busca pelo reconhecimento dos direitos fundamentais, de modo que a razão sobrepuje a força e a violência. Se é exato que este embate culminou com a eclosão da Revolução Francesa, mais certo ainda é que os ideais de liberdade, democracia e justiça sempre foram a tônica dos reclame contra os processos de domínio das coletividades. Por isso, sempre existiu uma norma básica para conferir poderes ao soberano. Aqui pouco importa se o documento constitucional impõe limites, ou não, aos atos de governo, se é escrito ou consuetudinário. O que interessa, apenas, é a existência, explícita ou tácita, de um conjunto de princípios, preceitos, praxes, usos, costumes etc., que ordenava, com supremacia e coercitividade, a vida de um povo. É nessa vertente que desponta o sentido amplo do constitucionalismo. (BULOS, 2014, p.64-65)

Como precisamente aponta Bulos (2014), o constitucionalismo, antes de ser uma técnica de interpretação dos preceitos integrantes das Normas Hipotéticas Fundamentais, é a própria pedra angular do Estado Moderno, pois não somente o funda, como concentra em si todo o arcabouço sistemático de direitos e garantias que devem assistir ao povo contra si mesmo, livrando-o do estado da natureza[12] e do arbítrio do soberano, experimentado no período medieval e absolutista. Neste sentido aponta Canotilho (1993, p.17):

As constituições ligam-se ao “nascimento do Estado” [...] quer à construção ou sedimentação de uma comunidade nacional. Daí a “representação” constitucional do Estado-Nação: um centro político – o Estado – , conformado por normas – as normas da constituição – exerce a coacção(sic) física legítima” – *poder* – dentro de um território nacional.

Assume então a Constituição o papel de instrumento máximo de legitimação, por encerrar em si mesma os preceitos mais elementares de proteção a todos os indivíduos que hão de submeter-se ao Estado que por ela se inaugura. Mas antes disso, deve-se elucidar que há o ideal Constitucional, que além de lhe ser a causa primeira, é intenção dirigida a ordenar, racionalmente, tais paradigmas em um documento escrito, que como bem ensina Bulos (2014), é o “pacto fundante do ordenamento supremo de um povo”.

Deste modo, a legitimidade Constitucional derivaria do ideal de encerrar em seu conteúdo os ideais humanos de justiça, igualdade e liberdade mais elevados. Como preleciona Canotilho (1993, p.18):

Um *topos* caracterizador da modernidade e do constitucionalismo foi sempre a consideração dos “direitos do homem” como *ratio*

essendi^[13] do estado Constitucional [...] quer fossem considerados como “direitos naturais”, “direitos inalienáveis” ou “direitos racionais” do individuo, os direitos do homem, constitucionalmente reconhecidos, possuíam uma dimensão projectiva (sic) de comensuração universal.

Expondo ainda o papel de legitimação racional que assumem as Constituições, comenta o renomado jurista português:

Como explicar a emergência de novos “pactos fundadores”? Em termos de *narratividademoderna* a resposta é *racional*: pretende-se um esquema político de regras que definam um esquema de atividades e uma **justa configuração** das instituições sociais – “**estruturas básicas**” – de forma a permitir aos homens a organização e funcionamento de uma “**sociedade bem ordenada**” [...] a criação de um “**pacto fundador**”, como é a constituição, procura-se, antes, em estruturas simbólicas, míticas ou arquetípicas. Em vez de “**pacto fundador**” fala-se em “mito” ou “mitos fundadores”. (CANOTILHO, 1993, p. 18) (grifo nosso)

Expressões como “justa configuração”, “estruturas básicas” e “sociedade bem ordenada”, presentes na fala do doutrinador, revelam os objetivos que integram este “pacto fundador”, ou seja, este documento escrito que cria o Estado, de modo a refletir diretamente os paradigmas fundamentais que irão dirigir, racionalmente, as mais elevadas expectativas de toda a sociedade, encerrando em si mesmo sua legitimidade. Assim, ao passo em que este documento instituído encontra sua validade sem socorrer-se dos anteriores recursos, como designação divina ou poderio bélico, mas se valendo tão somente na racionalidade humana, converte-se

este “Estado [em] uma categoria nuclear da semântica política da modernidade”, como destaca Canotilho (1993), sendo, finalmente, a Constituição e o ideal constitucional exemplos das maiores e mais esplêndidas construções da racionalidade humana na busca pela organização social.

Indubitavelmente, o estudo que este trabalho se propõe a apresentar localiza-se na seara constitucional, haja vista estar esculpido na própria Carta Magna vigente o Princípio que se pretende analisar. O estudo sistemático do conteúdo Constitucional cabe, hodiernamente, a um ramo específico da ciência jurídica, qual seja o Direito Constitucional, que nas palavras de Silva (2005) “pertence ao setor do Direito público [e] distingue-se dos demais ramos do Direito [...] pela natureza específica de seu objeto e pelos princípios peculiares que o informam”. Preceitua ainda o importante jurista que:

Cabe ao Direito Constitucional o estudo sistemático das normas que integram a constituição do Estado. Sendo ciência, há de ser forçosamente um conhecimento sistematizado sobre determinado objeto, e este é o constituído pelas normas fundamentais da organização do Estado, isto é, pelas normas relativas à estrutura do Estado. (SILVA, 2005, p.34)

Desta feita, pode-se concluir que são as Constituições, elementos fundadores dos Estados Modernos, o pacto que a sociedade firma e que estabelece o marco inicial deste modelo organizacional que dirige-se pela legitimidade produzida através da razão humana. Sendo imprescindível o avanço e continuo estudo deste fenômeno haja vista ser dinâmica a sociedade para qual se destina, o que justifica a igual dinamicidade das compreensões sobre estes pilares.

2.2 DA MARCHA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

O estudo sistemático do fenômeno constitucional, como já dito, cabe a ramo específico da ciência jurídica, que objetiva compreender este Estado através do debruçamento sobre a própria Constituição vigente, para apreensão desta “forma do estado, dos órgãos que integram a sua estrutura, das competências desses órgãos, da aquisição do poder e de seu exercício”, como elucidam Alexandrino e Paulo (2010). Mas, indo um pouco além disto, o estudo da Constituição possui verdadeiro valor semântico, como se pode aferir:

Existe uma disciplina científica cujo desiderato é expor o conjunto de conceitos operacionais que dão suporte ao entendimento daquela estrutura – o Direito Constitucional. [...] portanto é substrato e o ponto de convergência de todas as matérias: [...] trata-se, pois, de uma *disciplina síntese*, que nos permite visualizar as conexões do fenômeno jurídico em sua plenitude, haja vista a influência que exerce sobre todos os ramos do *Direito*. (BULOS, 2014, p.56-57)

Certamente, muito felizes são as colocações do doutrinador quando aponta na direção de que é esta espécie de fragmento da ciência jurídica o de maior relevância, por influir em todos os demais, e isto por uma razão muito evidente: informar qual é este Estado, de onde todo o ordenamento emana, e como se constitui este pacto que lhe funda. Logo, é momento oportuno dedicar parte deste estudo a traçar um rápido apanhado sobre as constituições, as quais fundaram os distintos Estados que foram experimentados em nosso território nacional até o momento mais atual.

Muitas foram, ao longo da história brasileira, as Constituições que formularam distintos Estados vivenciados no território nacional, sendo especificamente sete, nos quase 180 anos que compõem a independência e no pouco mais de 100 anos de República.

O início do período Constitucional Brasileiro se dá, flagrantemente, sob o manto da ilegitimidade, haja vista ter sua promulgação, em 1824, decorrida de outorga a todas as províncias e dotada de plena ausência popular e, embora exaltasse o ideal liberal, que consagra os conceitos de liberdades, jamais fora cogitada pelo Imperador como fonte de sua legitimidade, sendo inclusive por ele mesmo ignorada no exercício de suas atividades. Nas palavras de Barroso (2000) “a autoridade, em vez de institucionalizar-se, personaliza-se”.

Cabe frisar que o Constitucionalismo, como ensina Bulos (2014), em seu sentido estrito, mais especificamente em seu caráter ideológico, determina a existência do governo das leis sobre os homens e não dos homens sobre os homens e leis, importando isto na supremacia legal aos interesses peculiares dos líderes, isoladamente considerados, e mais que isto, devendo estas constituições escritas funcionarem como “instrumentos assecuratórios dos direitos e garantias fundamentais”, de modo que “a sociedade na qual não está assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a separação dos poderes, não tem constituição”, como preleciona Bulos (2014). É, portanto, evidente a mera existência formal do documento que funda o Estado em 1824, por ser amplamente vazio do teor constitucional.

É de suma relevância, para o objetivo deste trabalho, destacar que é na vigência desta Constituição, mediante a promulgação do Decreto 119-A, de 7 de janeiro de 1890, que é estabelecida a laicidade do Estado Brasileiro. Mais adiante, em momento oportuno, será melhor aprofundada esta informação.

Pouco tempo depois, em 24 de fevereiro de 1891, funda-se um novo Estado, que segundo Barroso (2000), ao citar Seabra Fagundes, continua distante do ideal republicano, pela elaboração elitista e distanciamento das grandes massas. Sua inspiração é nitidamente norte-americana, e é marcada por três modificações, em relação a sua antecessora: altera-se a forma de governo de monarquia para república, transmuta-se o sistema de governo de

parlamentarismo para presidencialismo, e por fim é instituída a forma federativa do Estado, em substituição ao modelo unitário vigente até então.

No entanto, tendo em vista o ideal constitucional, que evidentemente difere do mero documento nomeado “Constituição”, padece esta de vícios igualmente irremediáveis, como assevera Barroso (2000, p.13):

A República inicia de forma melancólica, densamente autoritária, omissa na questão social, elitista no seu desprezo à conscientização popular. Prenunciava-se, desde que promulgada a nova carta, a convulsiva instabilidade das instituições, golpeadas logo à primeira hora pelo Marechal Deodoro, que em gesto de força, decretou a dissolução das Câmaras Legislativas.

Destaque-se que a laicidade instituída no Decreto 119-A, de 1890, fora alçada à condição de Princípio norteador do Estado na Constituição de 1891, conforme era a dicção do art. 11, § 2º da então carta magna[14]. Todavia, apresentava-se visivelmente frágil para todos os contemporâneos, inspirando manifestações da população, como a Revolta de Canudos, a Revolução Federalista no Rio Grande do Sul e a Revolta Armada, que se insurgiram contra este modelo inconstitucional de Estado.

Por influência de acontecimentos e movimentos internacionais, como a crise de 1929, o fortalecimento dos movimentos nacionais dos trabalhadores e do poderio industrial, frente ao setor agrário, vê-se derrubada a antiga e estabelecida nova ordem, em 16 de julho de 1934.

A constituição de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar, de 1919, e pelo corporativismo, continha inovações e virtudes,

dedicou um título à Ordem Econômica e Social, iniciando a era da intervenção estatal. Criou a Justiça do Trabalho e o salário mínimo, instituiu o mandado de segurança, acolheu expressamente a ação popular e manteve a Justiça Eleitoral, criada em 1932. Em uma fórmula de compromisso entre capital e trabalho, delineou o arcabouço formal de uma democracia social, que não se consumou. (BARROSO, 2000, p.20)

Embora demonstrando importantes avanços sociais em seu texto, restara ineficaz, em face dos movimentos políticos que se articulavam desde sua origem para a modificação do Estado, especialmente pelos setores militares, que demonstravam desde aquele momento interesse em assumir as rédeas da condução do país. Assim, em 1937, passada menos de uma década da promulgação da Constituição de 34, é fundado novo Estado, cujos contornos se aproximavam no unitarismo do império, com a figura do Poder Central, que sendo Executivo, sobrepujava o Legislativo que lhe servia unicamente de apoio formal, porquanto inoperante na prática, rompendo-se a independência dos poderes, por meio do art. 180, que dotava o Ditador de poderes supremos diante de quaisquer outros.

Na esteira das mudanças nacionais e internacionais, anuncia Barroso (2000) mudanças relevantes no curso da história constitucional brasileira:

O crescente desgaste político do Estado Novo era de certa forma atenuado pela conflagração mundial, em curso de 1939 [...] captando a evidência e rendendo-se aos novos tempos, Vargas deu início a uma série de medidas liberalizantes ,a partir da Lei Constitucional nº 9, de 28 de fevereiro de 1945,

que alterou profundamente a feição da Carta de 1937. (p.24)

Das alterações implementadas destaca-se a experiência, inaugural na história brasileira, de partidos políticos de âmbito nacional, convocados para eleições gerais, convocadas por meio das medidas adotadas à época. No curso daquelas mudanças, foi instituída Assembleia Constituinte em 2 de dezembro de 1945, dando fim à Carta de 1937, a qual, em *estrito sensu*, jamais chegou a ter vigência regular e efetiva.

Nas palavras de Barroso (2000), o ciclo iniciado em 18 de setembro de 1946, com a promulgação da nova Constituição, acompanhou uma fase fértil percebida em todo o mundo, quando vários Estados novos surgiam e buscavam no ideal constitucional a produção de seus pactos fundadores. Esta Carta Magna é exaltada pela doutrina como nossa melhor carta, sendo inspirada diretamente pela Constituição norte-americana, pelo federalismo Francês e pela Constituição de Weimar.

Um profundo quadro de instabilidade política precede o Golpe Militar de 31 de março de 1964, que inaugura um período tenebroso no campo de direitos e garantias fundamentais, como se pode perceber:

Iniciou-se intensa repressão, disseminada e anárquica, aos adversários da véspera, encubalhados todos sob o rótulo de “subversivos ou corruptos”. Pouco à frente, a intolerância política, acirrada pela vitória de opositores aos governos estaduais da Guanabara e Minas Gerais, materializou-se no Ato Institucional nº 2, de 27.10.65. Em dias de desmando e prepotência, as instituições entraram em colapso, a legitimidade, já contestável, esvaziou-se e a autocracia se instituiu. (BARROSO, 2000, p.24)

Sob o esmagador efeito de três atos institucionais, vinte emendas constitucionais e algo em torno de quarenta atos complementares, ruiu o que restava da Constituição de 1946. Em 13 de dezembro de 1968, como consequência do discurso do Deputado Márcio Moreira Alves, instaurou-se uma profunda crise entre Governo e Congresso, que ensejou o Ato Institucional nº 5, pelo que se decretou “recesso” do Congresso Nacional. Esta medida estabeleceu o governo militar acima da ordem constitucional, dotando-o de poderes para legislar quando do período relativo ao recesso imposto ao Congresso, para proceder intervenção federal nos estados membros e municípios, poder de suspensão dos direitos políticos e cassação de mandatos eletivos de todo e qualquer nível, além do poder para suspensão de garantias da magistratura, confisco de bens, suspensão de *habeas corpus* em casos de crimes políticos, e exclusão da apreciação pelo judiciário de atos praticados sob a égide do AI nº 5.

Em 30 de outubro de 1969, ascende à presidência da República o General Emílio Garrastazu Médici. Dias antes, em 17 de outubro do mesmo ano[15], é promulgada a Constituição de 1967, totalmente dirigida pelos militares, e nitidamente eivada de total ilegitimidade. Embora tenha sido um período em que, economicamente, tenha se obtido certo êxito, quando analisado o aspecto constitucional, sobretudo no tocante aos ideais constitucionalistas de proteção ao indivíduo e a direitos e garantias fundamentais, sem sombra de dúvidas, resta configurado este período da história recente brasileira como um dos mais tortuosos e repulsivos, tanto pelo indiscutível distanciamento democrático, quanto pelo esmagamento daquilo que deveria ser o cerne da proteção estatal.

Em 1 de fevereiro de 1987, após vinte e cinco anos de regime militar, o então presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Carlos Moreira Alves, instalou a Assembleia Constituinte[16], tendo como presidente o principal líder parlamentar de oposição ao regime militar, o Deputado Ulisses Guimarães, conduzindo os

trabalhos para elaboração da nova Constituição que inauguraria o atual Estado Democrático Brasileiro.

Notadamente, a atual *Lex Legum* marca a reconquista de direitos e garantias fundamentais e a retomada do processo democrático nacional, erguendo-se como símbolo maior da superação do período de arbítrio que lhe é anterior.

Desde sua promulgação, o Direito Pátrio, sobretudo o ramo Constitucional, se esmera em aprofundar os estudos possíveis e necessários para sua máxima compreensão e promoção do maior grau possível de eficácia do seu teor normativo.

2.2.1 DA SUPREMACIA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Uma vez fundando este Novo Estado, por esta Nova Constituição, há que se observar determinados aspectos que lhe são peculiares e, quando comparados com os textos máximos que lhe são prévios, dão importantíssimo relevo ao seu texto.

De todas cartas Magnas que o Brasil já veio a ter, sem dúvida alguma, é esta a que mais se aproxima do Ideal Constitucionalista, por ter efetivamente emanado do povo em um período de intensa movimentação intelectual e enfrentamento a um dos momentos mais antidemocráticos de toda a história nacional. Seu próprio texto reflete não apenas o repúdio às condutas ditatoriais e contrárias aos mais elementares ideais de proteção aos direitos humanos, praticadas no período ditatorial, mas também abre caminho para a construção das bases de uma sociedade sobre os pilares de proteção e ampliação de direitos e garantias.

Como este Estado nasce diretamente deste pacto que o institui, há que se falar em uma decorrente superioridade constitucional sobre toda e qualquer lei que lhe seja ulterior. Não se distanciando disto, Bulos (2014), ao qualificar normativamente a *Lex Mater*, utiliza expressões como “preeminência, hegemonia e superioridade”, e vai além, sendo categórico ao determinar que “em virtude de sua *supremacia*, subordinam-se a ela os atos materiais

exercidos pelos homens e os atos jurídicos que criam direitos e estabelecem deveres”, de modo que sua força normativa, como bem alude o autor, “esparge em todos os segmentos do ordenamento jurídico”.

Esta força normativa suprema tem sua razão de ser na necessidade ontológica^[17]de figurar o texto normativo como *lex legum*, leis das leis, aquela que não é derivada de nenhuma outra e encontra legitimidade em si mesma, legitimidade esta imprescindível à validade do próprio Estado, de modo que sua inobservância ocasionaria um ruir na pedra angular do ideal de organização coletiva e do pacto social estabelecido com a instituição da Carta Magna.

Constituição e Constitucionalismo, são termos distintos, como já abordado previamente. Utilizando-se a lição de Bulos (2014), vemos que “a existência de uma constituição escrita não se identifica necessariamente com a deflagração da *ideiade* Constitucionalismo”. Isto porque o ideal Constitucionalista esta muito acima da produção de um texto escrito, ele reflete tanto a limitação dos poderes do governante, como, mais relevante que isto, o reconhecimento e a persecução dos “postulados supremos da personalidade humana, consectários da igualdade, da fraternidade, da legalidade, da liberdade e da democracia”, nas mais precisas palavras do autor. A mera produção escrita pode sequer vir a considerar este objetivo máximo, ou quando muito, registrá-lo mas mantê-lo distante do plano da materialidade fática, sendo ambas as situações experimentadas por ordenamentos anteriores, cujas Constituições eram amplamente vazias do ideal que deveriam ser reflexo.

Portanto, é preciso, no curso do estudo hermenêutico constitucional, observar a presença de elementos neste texto primeiro que identifiquem-no com o ideal Constitucional. Bulos (2014) considera certos elementos que são inafastáveis ao texto constitucional que se pretende adequar ao Constitucionalismo, os quais o autor chama de elementos mínimo-irreduzíveis das

constituições. Tais elementos são itens indispensáveis à configuração dos textos constitucionais, como ensina Bulos (2014) e sem estes qualquer constituição seria considerada adversa ao ideal Constitucional.

Certamente, a generalidade dos textos supremos em vigor apresenta, em seus articulados, itens de presença obrigatória, como aqueles ligados à parte orgânica, à limitação dos poderes estatais, ao caráter compromissório das cartas constitucionais modernas, às defesas das instituições, ao modo de aplicação dos textos *magnos*. (BULOS, 2014, p.123)

Da generalidade que se refere Bulos (2014) é que se deve extrair os elementos mínimo-irredutíveis das constituições, e consoante o entendimento do autor, seguindo a mais atual doutrina constitucionalista, “se eles [os elementos] faltassem nos textos constitucionais, a organização político-jurídica do Estado ficaria desconfigurada em suas linhas-mestras”.

Deste modo, seguindo sua análise no Texto Constitucional vigente, não apenas identifica o autor a presença de tais elementos, como enumera-os, numa classificação em seis categorias distintas, sendo elas:

Elementos mínimo-irredutíveis orgânicos ou dogmáticos – organizam o estado brasileiro e a estrutura do poder [...] **Elementos mínimo-irredutíveis limitativos** – freiam o poder estatal perante os cidadãos, evitando o arbítrio, o abuso de autoridade, o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais [...] **Elementos mínimo-irredutíveis socioideológicos** – assinalam os fins sociais e econômicos do Estado, refletindo os anseios por uma sociedade mais justa [...] **Elementos mínimo-irredutíveis de**

estabilização constitucional – buscam manter a normalidade institucional e a paz coletiva [...] **Elementos mínimo-irredutíveis de aplicabilidade constitucional** – estabelecem o procedimento formal para promulgação, vigência e aplicação das normas supremas do Estado. bem como o grau de eficácia dos preceitos definidores dos direitos e garantias fundamentais[18]. (BULOS, 2014, p.123-124) (grifo nosso)

Para efeito do estudo presente, é importante destacar que os elementos mínimo-irredutíveis dogmáticos, segundo Bulos (2014), compreendem os arts. 18 a 43; 44 a 135; 142 a 144 e 145 a 169 do texto Constitucional, e por estar o Princípio da Laicidade, objeto central desta análise, esculpido no art. 19, inciso I, figura esta classificação no rol dos Elementos mínimo-irredutíveis.

Uma vez percebida a atual Carta Magna como pacto fundante do atual Estado e legítima quanto a sua correspondência, tanto com o ideal Constitucionalista, pela presença em seu conteúdo dos pilares universais constitucionais, como também com o ideal democrático, resta questionar a mais relevante das ponderações, a que atine à sua eficácia.

Um dos mais severos vícios, que eivou textos fundadores anteriores, fora exatamente a inobservância do teor constitucional ou o desinteresse direto de sua aplicação, porquanto é sabido que a simples existência de texto normativo não é capaz de irradiar efeitos na esfera da vida prática dos indivíduos. Neste sentido comenta Barroso (2000), citando renomado jurista:

As diversas situações jurídicas criadas pela Constituição seriam de ínfima valia se não houvesse meios adequados para garantir a concretização de seus efeitos. É preciso que existam instrumentos e procedimentos capazes

de fazer com que as normas jurídicas se transformem, de exigências abstratas dirigidas à vontade humana, em ações concretas. (JELLINEK apud BARROSO, 2000, p.121)

Há que se avaliar se o princípio da laicidade, que é um dos pilares elementares do Ideal Constitucional Brasileiro, tem encontrando, no campo prático, na esfera de concretude da vida cotidiana, a eficácia necessária que revelaria sua percepção e observância, e em sendo percebidas e demonstradas, quaisquer evidências do contrário (indícios de sua ineficácia), que espécie de dano ao Ideal supracitado e, por conseguinte, ao Estado Democrático de Direito restaria configurado e, quais meios poderiam existir para sanar tais incongruências jurídicas. Todavia, antes de adentrar nestes questionamentos, mister se faz tratar efetivamente, do conteúdo e história do princípio-eixo desta discussão.

2.3 DO PRINCÍPIO DA LAICIDADE

A laicidade não pode ser, ao menos não aprioristicamente, considerada como um direito natural que assiste ao homem, haja vista estar relacionada diretamente ao fenômeno histórico e social da vedação/mitigação de uma liberdade, esta sim natural, da manifestação da consciência. De modo que, para se falar em laicidade, necessariamente deve-se falar antes em um Estado que usurpou este direito inafastável ao homem, escolhendo por ele sua crença, manifestando atos que se igualem a isto, num atentado direto ao homem e a um dos elementos legitimadores deste ideal de Estado: suas liberdades.

A marcha pela laicidade dos Estados é característica essencial da modernidade, havendo inclusive quem^[19] afirma ser ela a própria matriz semântica deste Estado Novo.

Em 09 de dezembro de 2005, fora realizada na França a celebração do centenário da separação entre Estado e Igrejas. Na ocasião, Jean Baubérot, historiador francês e sociólogo,

especialista em sociologia das religiões, auxiliado por Cheline Milot e Roberto Blancarte, redigiu e apresentou ao Senado daquele país, o documento intitulado “Declaração Universal da Laicidade no Século XXI”, do qual pode ser extraído, em seu art. 4º, o conceito de laicidade:

Definimos a laicidade como a harmonização, em diversas conjunturas sócio-históricas e geopolíticas, dos três princípios já indicados: respeito à liberdade de consciência e à sua prática individual e coletiva: autonomia da política e da sociedade civil com relação às normas religiosas e filosóficas particulares; nenhuma discriminação direta ou indireta contra os seres humanos. (LOREA et al, 2008,p.10)

Deste modo, a laicidade passa a ser um direito, uma garantia fundamental que se impõe ao Estado, numa postura coerente destinada a proteger o indivíduo e as instituições.

A despeito de ser este um dos conceitos mais atuais de laicidade, constante em documento apresentado com *status* mundial, cujo intuito é mesmo de reforçar a validade desta que é uma das bases do próprio Estado (de qualquer Estado), não pode ele ser admitido como exauriente do seu teor, indo o conteúdo deste princípio além do que está expresso no art. 4º da Declaração Universal da Laicidade no século XXI, entendimento este que pode ser apreendido a partir da apreciação da história que envolve seu próprio surgimento, ou ainda, de um outro movimento intelectual e ideológico que lhe é prévio e lhe dá origem: a secularização.

2.3.1 DA SECULARIZAÇÃO, AS BASES CONCEITUAIS DA LAICIDADE ESTATAL

A Idade Moderna, didaticamente falando, inicia-se com os movimentos intelectuais que se proliferam pela Europa e em seguida pela América, no intuito de frear os desastrosos efeitos do

mundo medieval e, modificando-os, lançar as bases de uma nova realidade, em todos os aspectos e áreas possíveis.

Notadamente, o império da Igreja Cristã Católica, prévio ao período de transição histórica, atingiu níveis inadmissíveis em todas as áreas da vida social, de modo que, em razão desta realidade repulsiva, os vários movimentos intelectuais, nos mais diversos setores, dispuseram-se a formular novos modelos de sociedade, longe dos domínios da religião e dos desastres que ela demonstrou ser capaz de produzir.

Neste diapasão, o ideal burguês, como se sabe, ganhou força e propagou-se pelas vozes de mentes brilhantes, iluminadas, como notoriamente ficaram conhecidas, construindo uma nova realidade social que experimentaria toda a Europa a partir daquele momento.

John Locke foi um dos pensadores mais influentes daquele período, e que contribuiu amplamente para a formulação do Estado Moderno e de suas bases teóricas. Catroga (2010), comentando as ideias daquele pensador, menciona que para ele a origem contratualista estaria condicionada ao interesse pela promoção e manutenção do bem comum e da paz civil, apesar de incompatíveis com os antigos modelos estatais, como o absolutista e o medieval:

As religiões e o Estado são instituições absolutamente diferentes e separadas, pelo que tanto a fusão da primeira com a segunda, como o inverso, produziriam intolerância e impediriam a paz civil [...] com esta proposta, Locke fixou a matriz do conceito liberal de tolerância. (CATROGA, 2010, p. 81)

Catroga (2010) segue:

Bastando provar que, para ele [Locke], a pedra-de-toque do ideal de tolerância não é tanto a liberdade de consciência, mas mais a sustentabilidade do contrato social, isto é, dos

laços morais necessários à vida colectiva (sic). Assim, se o núcleo forte do problema da organização da cidade consistia na garantia da liberdade do homem e na salvaguarda da paz do Estado. (CATROGA, 2010, p.84)

Deste modo, mais que uma mera expressão de proteção às liberdades, era um dos pilares do próprio Estado, pois um Estado incapaz de proteger liberdades daquela natureza não poderia ser considerado legitimado a perpetuar-se.

O pensamento de que seria impossível a existência de um Estado sendo ele ainda ligado em qualquer nível à religião, não era exclusivo de Locke, como aponta Catroga (2010):

As possibilidades de concretização dos direitos naturais exigiam um clima de tolerância e este, como salientaram o americano Roger Williams e o inglês Locke – na linha de outros (Tomás More, Milton, Jonh Good-Win) –, só podia ser criado quando as Igrejas e o Estado se posicionassem como sociedades exteriores e diferentes. Tais condições requeriam a separabilidade. (CATROGA, 2010, p. 90)

É exatamente neste contexto histórico, em que se vê como condicionante para o nascimento do estado, legitimado em suas próprias bases e não em fatores externos a si, que se é fomentado o pensamento que restaria conhecido como secularização:

A secularização como a saída de sectores da sociedade e da cultura do domínio do religioso [...], ou melhor, como o processo “by which religious institutions, actions and consciousness lose their social significance[20]”, em consequência da irradiação de princípios enformadores da mundividência moderna, nomeadamente o crescimento da consciência do

eu, correlato de que os homens seriam capazes, cada vez mais, de “fazer” a história. (CATROGA, 2010, p. 16)

Esta capacidade de fazer história, uma história diferente da anterior, reflete o conteúdo do método pelo qual esta secularização viria a lograr êxito em seu objeto de proporcionar ao Estado as bases de sua autonomia, sendo este método, propriamente, o uso da razão humana, como se observa pelas palavras do autor:

As apologias acerca da natureza perfectível do ser humano (Rousseau, Turgot), as teses contratualistas sobre as origens da sociedade e do poder político, as fundamentações filosófico-progressistas do tempo histórico (Condorcet, Hegel) e, mais tarde, os esforços, mesmo ilusórios, para se cientificar a sociedade (Comte, Proudhon, Spencer, Marx), foram projectos (sic) que emanaram do mesmo centro secular, perspectiva que fez da apoteose a razão, da ciência e do ideal emancipatório uma das características mais fortes da modernidade. (CATROGA, 2010, p. 28)

Aquilo que o Catroga (2010) chama de “centro secular”, nada mais é do que o reconhecimento da separação entre o Estado e a Igreja, como fenômeno indispensável à operacionalização da razão, para fomento dos mais importantes movimentos que viriam a fundar efetivamente não apenas o Estado, mas a própria modernidade, como o antropocentrismo, o contratualismo, o positivismo, o cientificismo e outros.

Obviamente, a considerar o momento histórico, tratava-se de um passo demasiadamente complexo, como menciona o catedrático da faculdade de Letras da Universidade de Coimbra: “o novo interesse geral, reivindicado pelo Estado, entrou em atrito com a vocação totalizadora das Igrejas (e, em particular, da Igreja

Católica), o choque entre ambas as instituições foi igualmente global.” Informa, assim, Catroga (2010) que a racionalização, e todos os movimentos intelectuais modernos, jamais poderiam ser implementados, sem que houvesse antes a secularização. Reforça então este entendimento, ao citar fragmento da obra de Cf. Pierre Fuster, “Utopic et marxisme selon E. Bloch”:

O humanismo e o historicismo evolucionista, valores que se tornarão dominantes na Modernidade, são um dos pontos de chegada do longo percurso da secularização, e o desejo utópico –enquanto aspiração à cidade de Deus na terra – funcionou como um apelo praxístico activado pelo compromisso demiúrgico da divindade do homem com a historicidade. (FUSTER apud CATROGA, 2010, p.33).

Destarte, antes que se possa tratar da laicidade, que é um dos pilares deste Estado que se legitima em si mesmo, há que se falar na secularização, haja vista ser um movimento intelectual que dá a sustentação indispensável ao surgimento e expansão dos movimentos que deram as bases para a própria modernidade, de modo que se pode afirmar que a secularização é o fenômeno que emancipa aquele Estado que ainda sequer existe, pois não se pode concebê-lo sob os domínios da religiosidade e, somente em seguida, quando já existente, dotado de autonomia e em sendo provido todo o arcabouço suficiente para perpetuidade, é que se pode falar em laicidade, haja vista ser esta um fenômeno de natureza diversa daquela, pois destina-se a manter este Estado distante de qualquer espécie de envolvimento e manifestação religiosa específica, que inevitavelmente, fulminaria sua legitimidade e por conseguinte sua própria existência.

2.3.2 O PRINCÍPIO DA LAICIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Apenas na vigência da segunda Constituição Brasileira, em 1891, é que se pretendeu instituir expressamente a laicidade como principio constitucional do Estado Brasileiro, vez que, até então, a confissão do credo católico em âmbito estatal era uma realidade.

A alteração então veio com a promulgação, em 7 de janeiro de 1890, do Decreto 119-A, que proibia a intervenção da autoridade federal e dos Estados em matéria religiosa, como se observa o texto, reproduzido na íntegra a seguir:

Art. 1º E' prohibido á autoridade federal, assim como a dos Estados federados, expedir leis, regulamentos, ou actos administrativos, estabelecendo alguma religião, ou vedando-a, e crear differenças entre os habitantes do paiz, ou nos serviços sustentados á custa do orçamento, por motivo de crenças, ou opiniões philosophicas ou religiosas.

Art. 2º a todas as confissões religiosas pertence por igual a faculdade de exercerem o seu culto, regerem-se segundo a sua fé e não serem contrariadas nos actos particulares ou publicos, que interessem o exercicio deste decreto.

Art. 3º A liberdade aqui instituida abrange não só os individuos nos actos individuaes, sinão tabem as igrejas, associações e institutos em que se acharem agremiados; cabendo a todos o pleno direito de se constituirem e viverem collectivamente, segundo o seu credo e a sua disciplina, sem intervenção do poder publico.

Art. 4º Fica extincto o padroado com todas as suas instituições, recursos e prerogativas.

Art. 5º A todas as igrejas e confissões religiosas se reconhece a personalidade jurídica, para adquirirem bens e os administrarem, sob os limites postos pelas leis concernentes á propriedade de mão-morta, mantendo-se a cada uma o dominio de seus haveres actuaes, bem como dos seus edificios de culto.

Art. 6º O Governo Federal continúa a prover á congrua, sustentação dos actuaes serventuarios do culto catholico e subvencionará por anno as cadeiras dos seminarios; ficando livre a cada Estado o arbitrio de manter os futuros ministros desse ou de outro culto, sem contravenção do disposto nos artigos antecedentes.

Art. 7º Revogam-se as disposições em contrario. (BRASIL, 1890)

Da leitura do texto pode-se extrair alguns conceitos importantes que refletem e jogam luz sobre aquele momento: é determinado, legalmente, pela primeira vez no Brasil, a vedação, dirigida ao Estado, de atos que importassem em embaraço para quaisquer manifestações religiosas. Resta igualmente vedada qualquer espécie de tratativa diferenciada entre os indivíduos por razões de crença, e fica também vedado o Poder Público de instituir ou sancionar qualquer espécie de religião.

No entanto, embora o texto deixe aparentar que uma separação entre Estado e religião fora inteiramente instituído por meio do Decreto, resta, em seu art.6º, flagrante manutenção de ato estatal, desde antes praticado, e de caráter nitidamente religioso, qual seja a continuidade da cônica, que implicava no pagamento de contribuição/benefício, ao representante paroquial da confissão católica de cada localidade, pelo desempenho de seu officio

religioso, configurando indiscutível envolvimento entre o Estado e o credo Católico.

Destaque-se, como já mencionado, que embora seja registrado formalmente nos textos legais este primeiro ensaio sobre o que viria a ser uma laicidade plena no ordenamento jurídico nacional, não gozaram de qualquer eficácia ou mesmo legitimidade[21] as primeiras constituições em nosso país.

Esta laicidade deficiente, ficta, é replicada, com certas modificações, ao longo dos textos Constitucionais supervenientes, até a vigente Carta, que esculpiu este pilar democrático em seu art. 19, I, como se pode observar:

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;

[...]

III - criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si. (BRASIL, 1988)

Comente-se que, embora mais conciso que o texto presente no Decreto 119-A de 1890, notadamente é mais expressivo e abrangente no sentido de estabelecer uma visível separação entre o Poder Estatal e a manifestação religiosa. Esta vedação de envolvimento ou embaraço, do Estado, para toda e qualquer religião, deve ser combinada com o teor de outra garantia constitucionalmente assegurada, qual seja aquela estabelecida no art. 5º, VI:

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 a suas liturgias. (BRASIL, 1988)

Desta forma, não seria possível conceber um exercício da liberdade de consciência e crença sem que fosse este Estado vetado numa eventual intervenção ou embaraço, no sentido de ocasionar privilégio a qualquer credo em prejuízo de outros. É neste mesmo entendimento que se pode alcançar a definição de laicidade, firmada na Declaração Universal da Laicidade, como a conjugação de três outros princípios que lhe são intrínsecos; respeito à liberdade de consciência e prática individual e coletiva, autonomia na escolha destas diretrizes particulares de cunho religioso, e direito ao não embaraço e à não discriminação pelo exercício dos anteriores.

Deste modo, e seguindo o posicionamento de Marco Huaco[22], pode-se determinar o conteúdo do Princípio da Laicidade, a partir deste entendimento aqui exposto, delineando-o em cinco elementos essenciais, sendo eles: o fundamento secularizador deste Estado, a separação orgânica das funções do Estado numa indissociável autonomia, a diretriz normativa para produção legal ulterior que promova a eficácia deste conteúdo, a imparcialidade frente às diferentes cosmovisões ideológicas, filosóficas e religiosas que existam no seio social, e, finalmente, a não intervenção estatal nas manifestações de fé dos indivíduos.

Superada a definição do Princípio da Laicidade e seu conteúdo, resta ainda uma importante consideração, ainda na seara da percepção plena de seu conceito, qual seja a dúplici dimensão que o princípio assume em sua produção de efeitos.

2.3.2.1 A DÚPLICE DIMENSÃO DO PRINCÍPIO DA LAICIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

O princípio da laicidade mantém relação direta e primordial com o respeito aos direitos fundamentais e com a própria legitimidade do Estado, de modo que a produção de seus efeitos se projeta necessária e concomitantemente em duas direções, o que será neste trabalho chamado de dúplici dimensão do princípio da laicidade, seguindo o acertado entendimento de Daniel Sarmiento[23].

2.3.2.1.1 PRINCÍPIO DA LAICIDADE COMO MEIO DE PROTEÇÃO DAS RELIGIÕES CONTRA O ASSÉDIO DO ESTADO

Primeiramente, importa a percepção da eficácia principiológica, de modo que as liberdades individuais sejam asseguradas, e portanto, num primeiro momento, espera-se que a laicidade se manifeste diretamente na esfera social, ao permitir a livre escolha e experiência religiosa sem qualquer intervenção do poderio estatal. Sendo esta primeira dimensão, ou direção, voltada a proteger os indivíduos de atos estatais invasivos ou constrangedores, como bem aduz Sarmiento (2008, p.190)[24]:

A laicidade estatal, que é adotada na maioria das democracias ocidentais contemporâneas, é um princípio que opera em duas direções. Por um lado, ela salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenções abusivas do Estado nas suas questões internas, concernentes a aspectos como os valores e doutrinas professados.

Desta forma, a primeira dimensão do princípio é a proteção, conferida aos indivíduos, de ações do Estado limitadoras ao exercício deste direito.

2.3.2.1.2 PRINCIPIO DA LAICIDADE COMO MEIO DE PROTEÇÃO DO ESTADO CONTRA O ASSÉDIO RELIGIOSO

O princípio deve, igualmente, operar o efeito de blindagem deste Estado, contra quaisquer investidas e assédios religiosos de qualquer natureza, no intuito de levá-lo a posicionar-se, de modo a privilegiar dado credo em prejuízo de outro, maculando assim a sua imparcialidade essencial. Citando Sarmiento (2008, p.191)[25]:

A laicidade também protege o Estado de influencias indevidas provenientes da seara religiosa, impedindo todo tipo de confusão entre o poder secular e democrático, em que estão investidas as autoridades públicas, e qualquer confissão religiosa, inclusive a majoritária.

Destaque-se a este ponto que não se poderia conceber a eficácia do Princípio da Laicidade sem que ambas as dimensões operem seus efeitos concomitantemente, pois em se observando a mitigação de qualquer delas, restaria inevitavelmente fulminado.

2.4 LAICIDADE E LAICISMO

Na esteira das definições e apreensão conceitual, mais uma ponderação indispensável precisa ser levantada, que é a diferenciação, necessária, entre laicidade e laicismo.

Por vezes confundidos entre si, os conceitos na verdade não guardam nenhuma margem de semelhança, e refletem diretamente posturas a serem adotadas e repudiadas pelo Estado Democrático de Direito.

Essencialmente, a semântica que distancia os dois termos firma-se na questão histórica do estabelecimento da secularização, do uso racional como veículo para firmamento das bases do Estado Moderno e, evidentemente, de todo o agressivo processo que envolve este ideal, no desvencilhamento das amarras culturais religiosas que todos os séculos anteriores de dominação foram capazes de produzir. Neste sentido as lições de Catroga (2010, p.296-297):

Ao que parece, expressões como as de estado laico ou laicismo não aparecem com muita frequência até os princípios do século XX. A primeira foi detectada, em 1885, num jornal republicano e anticlerical (*O Século*), mas a sua maior utilização, na linguagem erudita, foi um pouco mais tardia: somente se deu por volta de 1902, isto é, quando se agudizou a crise (religiosa, política, social) que terminará na revolução republicana de 5 de Outubro de 1910. Essa foi a conjuntura em que, em França, o termo *laïcisme* também ganhou autonomia, não se confundindo, por inteiro, com o de *laïcité*, pois ambos se foram distinguindo no decurso da primeira metade do século XX.

No entanto, também considera Catroga (2010) que o termo laicidade já era empregado no século XIX, mesmo em baixa escala, inclusive com registro em notáveis dicionários franceses:

Só a partir de 1871 emergiu "laicidade", palavra logo integrada ,em 1873, no *Grand Dictionnaire Universel*, de Larousse, que esclarecia: " Laïcité: caractere de ce qui est laïque, d'une personne laïque: la laïcité de l'enseignement. Il fut un temps où là laïcité était comme une note d'infamie. laïque: Qui n'est ni ecclésiastique, ni religieux: juge *laïque*. 'Il ne doit

pas y avoir un citoyen, cleric ou *laïque*, que soit soustrait à l'action des loi's[26] (CATROGA, 2010, p.293-294)

As diferenças entre os termos acentuam-se na medida em que o conflito de interesses também ganha contornos cada vez mais agressivos, por parte tanto de religiosos que não estavam interessados em aceitar a marcha de esvaziamento do conteúdo religioso dos governos quanto do próprio corpo social que, defendendo a secularização, levou-a a um extremo perigoso.

Segundo Huaco[27], pode-se entender a laicidade, em concordância com o conceito extraído do Grand Dictionnaire Universel, como “regime de convivência social complexo, à medida que se estabelece nas normas institucionais preferidas pela maioria para gestão com tolerância de uma realidade igualmente diversa”. Enquanto que, de outro lado, ainda segundo o autor, o vocábulo “laicismo” assume distinto significado:

O laicismo é uma expressão do anti-clericanismo decimonômico, que propõe a hostilidade ou a diferença perante o fenômeno religioso coletivo que pode acabar radicalizando a laicidade, sobrepondo-a aos direitos fundamentais básicos como a liberdade religiosa e suas diversas formas de expressão. (2008, p.47)

Assim, o laicismo é considerado como movimento de combate à manifestação religiosa, num exagerado e descabido “manifesto racional”, que pretende a racionalização extrema da sociedade com o expurgo de todo e qualquer traço religioso, o que evidentemente mitiga a própria liberdade que pretende proteger, a livre manifestação de consciência. Não se pode confundir o distanciamento estatal, com vistas a permissão de toda e qualquer manifestação religiosa, com um embate a estas, num ataque ao “deísmo”. Pois tal postura caracterizaria a assunção de um Estado

que se posiciona contra a crença “deísta”, o que configura uma postura “ateísta”, que nada mais é, que mais uma das possíveis manifestações de consciência, o que resultaria na violação direta da impossibilidade de imposição Estatal de qualquer credo. Além do que, tal postura hostil à crença seria facilmente identificada como embaraço ao livre exercício de direito, o que igualmente fulminaria o ideal laico.

Portanto, laicidade e laicismo são termos que embora graficamente parecidos; encerram em seu conteúdo conceitos que jamais poderiam ser confundidos, devendo o Estado manter-se laico e afastar-se de quaisquer posturas que se possam assemelhar ao laicismo.

3. DOS ATOS ATENTATÓRIOS AO PRINCÍPIO DA LAICIDADE

Este Estado Moderno, que se funda em suas próprias bases, instituindo sua legitimidade a partir da promessa de igualdade e liberdade entre todos aqueles que lhe são submetidos, deve encontrar meios para manter-se distante dos antigos regimes, sejam absolutistas, ou teocráticos, e para tanto desenvolve teorias, algumas delas até hoje válidas, que promovem tal sustentação. Dentre as várias teorias surgidas nos primeiros períodos da modernidade, merece destaque, nesse contexto, a teoria da tripartição dos poderes de Montesquieu[28], que hoje se é vislumbrada no Princípio da Tripartição dos Poderes, presente em praticamente todos os Estados Democráticos de Direito, sendo sua relevância de maneira tal que “não se pode prescindir sem correr o risco de recair nos regimes de exceção e arbítrio”, como coloca, muito prudentemente, Bonavides (2007).

Adianta-se Dallari (1998) na defesa deste princípio, ao posicioná-lo não apenas como recurso de manifestação eficaz deste Estado, mas também como meio de proteção dos seus próprios fundamentos, quais sejam as liberdades e garantias fundamentais:

Proposta essa ideia de maneira sistemática no século XVIII, com o fim exclusivo de proteção da liberdade, mais tarde seria desenvolvida e adaptada a novas concepções, pretendendo-se então que a separação dos poderes tivesse também o objetivo de aumentar a eficiência do Estado, pela distribuição de suas atribuições entre órgãos especializados. Esta última ideia, na verdade, só apareceu no final do século XIX, quando já se havia convertido em dogma a doutrina da separação dos poderes, como um artifício eficaz e necessário para evitar a formação de governos absolutos. É importante assinalar que essa teoria teve acolhida e foi consagrada numa época em que se buscavam meios para enfraquecer o Estado, uma vez que não se admitia sua interferência na vida social, a não ser como vigilante e conservador das situações estabelecidas pelos indivíduos. (p. 215)

Postos os pilares teóricos desta produção e o Princípio da Tripartição dos Poderes, passa-se, a partir deste ponto, a examinar a atual relação entre Estado e religiões, manifesta por estes três poderes que representam o Estado, aqui exemplificada por meio de uma pequena seleção de atos implementados. Destaque-se que, embora tais atos se apresentem numa quantidade infinitamente menor, se comparada com o que efetivamente possa ocorrer na realidade experimentada por cada indivíduo, a presente enumeração é suficiente para elucidar a abordagem, ao passo em que, mesmo em ínfima quantidade, faz-se capaz de revelar, pelo seu teor, a natureza da relação analisada, neles ou em quaisquer outros que lhe sejam equiparados analogamente.

Serão, portanto, expostos um pequeno rol de atos, realizados pelos três poderes, não sendo superior ao número de dez situações por cada poder. Sendo apreciada a postura do

executivo, do legislativo e do judiciário, por meio destas seleções, com vistas a verificar a presença, ou não, do conteúdo laico e constitucionalista nas relações apresentadas.

3.1 ATOS ATENTATÓRIOS EMANADOS DO EXECUTIVO

Nas palavras de Alexandrino e Paulo (2010), cabe ao Poder Executivo “administrar, aplicar de ofício o Direito, compreendendo não só a função de governo, relacionada às atribuições políticas e de decisão, mas também a função meramente administrativa”. Noutras palavras, é função do Poder Executivo, em todas as suas esferas, tanto federal quanto estadual ou municipal, gerir todos os aspectos que tangenciam a vida social, de modo a promover os fins a que o Estado se propõe, e devendo, ainda, em todas as suas atividades, ser coerente com os postulados que lhe são basilares.

O portal de notícias *online* “G1”, do Grupo Globo de Comunicações, veiculou em 02 de setembro de 2014 matéria intitulada “Aluno é barrado em escola municipal do Rio por usar guias do candomblé”. No material jornalístico é narrado evento envolvendo menor de idade, aluno da Escola Municipal Francisco Campos, localizada no Grajaú, Zona Norte da cidade do Rio de Janeiro, sua mãe e a diretora da instituição pública de ensino.

Conforme a narrativa, a criança que professava religião de matriz africana, o candomblé, passou a sofrer constrangimento no ambiente educacional, em razão de sua orientação religiosa. De acordo com o noticiado, dirigiu-se a mãe da criança, previamente, até a instituição, para estabelecer contato com diretores sobre a religião do filho, no intuito de evitar quaisquer problemas e assegurar-lhe seus direitos. Porém, ainda de acordo com o relato, em 25 de agosto de 2014, a criança chegou a ser barrada na entrada da escola pela diretora em razão de portar adereços típicos daquela religião. A situação ocasionou um constrangimento público, em que a diretora, diante de todos os que naquele momento chegavam para adentrar o local, impediu mãe e filho de entrar na

escola, alegando abertamente não aceitar a religião da criança naquele ambiente.

A situação foi resolvida com a transferência do aluno para outra instituição de ensino, que não manifestou nenhum óbice quanto à orientação religiosa do estudante.

Em 28 de março de 2012 (algum tempo antes), outro portal de notícias, o “Diário do Grande ABC” havia noticiado situação similar. O fato ocorreu na Escola Estadual Antonio Caputo, no Riacho Grande, em São Bernardo do Campo, Grande São Paulo. Segundo o registro, a professora de história, Roseli Tadeu Tavares de Santana, possuía um hábito um tanto quanto distinto para ministrar suas aulas na sua disciplina. Antes de introduzir o conteúdo programático do dia, promovia vinte minutos de pregação bíblica, condicionando os alunos à concordância de suas conclusões religiosas. O aluno em questão, cuja família também professava religião de matriz africana, o candomblé, passou a ser alvo das pregações e de ataques dos demais alunos da sala. O constrangimento, considerado pelo aluno como bullying[29], levou-o a buscar ajuda dos pais, que ao procurarem a direção da escola, não receberam nenhuma garantia de que tal postura seria reprimida, sendo-lhes informado apenas que procederiam a averiguação da situação e que havia a ciência, por parte da instituição pública, de que a pregação religiosa não deveria fazer parte do ambiente escolar, sobretudo naquela disciplina.

Outro caso, noticiado em 16 de abril de 2013, no sítio da Revista Portal Fórum, narra uma situação ainda mais gravosa envolvendo alunos e professores. O fato ocorreu na cidade de Miraí, no Estado de Minas Gerais, na Escola Estadual Santo Antonio, no mesmo mês em que a notícia fora veiculada. De acordo com a publicação, a professora de geografia Lila Jane De Paula possuía o hábito de iniciar suas aulas com uma oração cristã (o pai nosso). O discente Ciel Vieira, que a época contava com 17 anos, negou-se a participar da oração, por ser ateu, mantendo-se em silêncio, o que levou a educadora a se pronunciar dizendo que “jovem que não tem

Deus no coração nunca vai ser nada na vida”. O ataque não produziu efeitos em Ciel, mas o fez na turma, que passou a praticar *bullyng* contra o adolescente em razão de sua orientação religiosa. O assédio chegou ao ponto de todos, incluindo a professora, realizarem em outra ocasião uma oração em sala, substituindo a expressão “livrai-nos do mal”, por “livrai-nos do Ciel”[30], num flagrante fomento ao ódio. Em um dado momento, segundo o conteúdo da matéria, o aluno alerta a profissional sobre seu desrespeito à Constituição, chegando a mencionar o caráter laico do Estado, ocasião em que fora repreendido com a resposta de que “não havia nenhuma lei que a impedisse de rezar”. A mãe do adolescente informou ao editorial, que publicou a matéria, que desconhecia o assédio que vinha sofrendo seu filho no ambiente educacional e que ao tomar conhecimento após a visibilidade do vídeo, viu-se emocionada por não aceitar que o filho fosse exposto àquela espécie de circunstancia em razão de sua postura religiosa. Tanto a direção quanto a Secretaria de Educação do Estado assumiram uma postura amena em relação ao caso, defendendo o “direito de rezar” da professora, desde que respeitado o direito do aluno de não participar daqueles atos.

Sobre este incidente pronunciou-se o presidente da Associação Brasileira de Ateus e Agnósticos[31], Daniel Sottomaior, que informou ter sido procurado à época pelo adolescente na busca de informações sobre possíveis direitos que poderia ter acerca de sua orientação religiosa, vez que, no ambiente educacional, não havia qualquer intenção em esclarecê-lo ou apoiá-lo. Na reportagem concedida ao portal Terra de Notícias, o responsável pela ATEA denunciou que casos como o de Ciel, de *bullying* dentro das instituições de ensino públicas no país, são cada vez mais frequentes, e que muitos jovens ateus procuram na busca de ajuda e informação, concluindo que “a maioria das vezes somos procurados por jovens que sofrem preconceito em sala de aula e não sabem como agir. [...] Infelizmente, os próprios educadores não estão cientes das leis e acabam discriminando esses estudantes”.

No entanto, este tipo de constrangimento em razão da orientação religiosa não atinge exclusivamente os discentes. Maristela Gomes de Souza Guedes, em seu artigo “Exu, escola e racismo”[32]denuncia uma realidade pouco abordada na sociedade brasileira: a discriminação às religiões de matriz africana e toda cultura em seu entorno.

Já no início de seu trabalho a autora relata o preconceito vivido pela professora Maria Cristina Marques, em outubro de 2009, quando fora proibida de dar aulas em uma escola pública do Rio de Janeiro. As aulas em questão eram de ensino religioso e a educadora intencionava expor algo além do culto cristão, abordando também elementos das religiões de cunho africano[33] utilizando como material de apoio didático o livro “Lendas de Exu”. Ao tomar ciência disto a diretora da instituição, cujo nome não fora mencionado no artigo, iniciou uma sequência de humilhações que culminou na retirada da professora do quadro de funcionários. A diretora era evangélica.

A pesquisadora avança, expondo o resultado de suas pesquisas sobre a educação de crianças em terreiros de candomblé, sobre a cultura religiosa que se forma no seio das famílias que professam o culto de matriz afro, bem como nos locais de culto, isto a partir dos muitos anos de observação e coleta de dados, em que acompanhou mais de uma geração:

Nos terreiros, crianças e adolescentes sentem orgulho da religião que praticam, ocupam cargos importantes do culto, partilham um conhecimento vasto sobre mitos, canções e o ioruba, uma das línguas que circulam na comunidade, por exemplo. Na escola, no entanto, são discriminadas, sentem vergonha da religião, escondem seu conhecimento e sua fé. (GUEDES, 2010)

Aponta ainda que:

As vítimas de discriminação tem plena consciência do porquê são discriminadas. Elas são categóricas ao associarem a rejeição de sua religião e de suas culturas ao fato de serem negras e praticarem uma religião afro-descendente [...] quando a diretora de uma escola proíbe um livro de lendas africanas ela quer apagar a diversidade presente na sociedade e na escola, quer silenciar culturas não hegemônicas, como as culturas afro-descendentes. (op. cit)

Ainda sobre as questões relacionadas à presença da religião nas instituições de ensino, em entrevista ao Portal de comunicação social, história e educação “Fazendo Média” concedida em 03 de outubro de 2013, a pesquisadora Maristela Gomes de Souza Guedes aborda sua perspectiva na defesa da extinção do ensino religioso, sendo categórica ao afirmar que:

O ER [ensino religioso] contribui muito para o obscurantismo, legitima o racismo e a discriminação religiosa. É claro que existem exceções, professores que realizam uma aula plural. Mas é com a regra que humilha diariamente principalmente as crianças de candomblé que estou preocupada. É com a confusão que se faz entre a fé privada e a individual, com o espaço de educação pública e coletiva, que estou preocupada.

Indo um pouco além dos atos do executivo que ocorrem diariamente nas escolas públicas do país, relevando claramente uma seleção de conteúdo religioso, como asseveram Guedes e Sottomaior, outros aspectos da atuação executiva podem estar envolvidos de igual seleção. Um exemplo deste tipo de situação pode ser extraída do ocorrido em uma cidade no sertão de Pernambuco, envolvendo atos do poder executivo e legislativo.

Em meados de 2012, a cidade de Petrolina, no interior de Pernambuco, presenciou grande celeuma envolvendo a construção e inauguração de alguns monumentos culturais, o que ensejou um exaustivo debate local pelo teor religioso que as intervenções possuíam.

O artista plástico Lêdo Ivo esculpiu, sob encomenda do então prefeito municipal Julio Lóssio, uma escultura da figura mítica de Iemanjá. Como é sabido por grande parte dos brasileiros, tal personagem é parte da cultura e credo de religiões de matriz africana. Uma das razões para escolha do monumento, segundo as informações veiculadas à época, era a proximidade com a cidade de Juazeiro, que embora se localize no Estado da Bahia, é vizinha da cidade de Petrolina, sendo ambas separadas unicamente pelas águas do Rio São Francisco, sendo a escultura colocada especificamente em um aglomerado de rochas, no próprio Rio, como homenagem à cultura baiana e sua estreita relação com os pernambucanos. A inauguração do monumento despertou a ira e histeria de parte da população, de determinada ala dos católicos e evangélicos, que se viram representados na pessoa do vereador local Osinaldo Souza, que desencadeou verdadeira cruzada em prol da retirada da escultura. Em matéria publicada no sítio local de notícias, o “Portal SG” foi registrado seu posicionamento enquanto membro do legislativo local:

Eu notei que os dias em Petrolina agora estão mais tristes, quando eu passo ali na orla que eu olho para a estátua que fizeram a Iemanjá, eu digo: o que é que está acontecendo em Petrolina? Iemanjá na Umbanda significa a deusa das águas. Isso é uma blasfêmia contra Deus, porque a própria Bíblia Sagrada diz que só existe um Deus. É a estátua do demônio na orla de Petrolina que os católicos e evangélicos não aceitam isso. **A imagem de Iemanjá nem folclórica é, é sim uma aberração** (grifo nosso)

Para o vereador, a cidade “pertence a Jesus” e conseqüentemente ao Cristianismo e aos cristãos, de modo que não haveria lugar para quaisquer outras manifestações religiosas. Este posicionamento, amplamente veiculado à época nos mais diversos veículos locais, é considerado como ofensa ao folclore afro e, segundo matéria divulgada no sitio da Gazzeta, jornal impresso local, atacou o prefeito ao afirmar que o ato de inauguração da estátua era na verdade um pacto religioso.

Muitos evangélicos e católicos se manifestaram contrários à permanência da obra de arte, ao passo em que a administração local evitou quaisquer pronunciamentos que gerassem maiores constrangimentos. A situação obteve grande repercussão até que culminou na decisão do escultor pela retirada da obra[34].

Poucos dias após a decisão da retirada do monumento, fortemente influenciada pela postura do vereador mencionado e por setores conservadores da sociedade local, ocorreu um fato novo, de natureza bastante similar, todavia com reflexos diametralmente opostos. Um novo monumento fora inaugurado, o artista que o realizara é exatamente o mesmo, Lêdo Ivo, e igualmente a pedido da Prefeitura local, porém, desta vez a obra de arte era uma gigantesca Bíblia.

Conforme matéria publicada no próprio sitio da Prefeitura local, a obra agradou sobremaneira os populares:

Com a animação do louvor do coral católico infantil ‘Amigos de Jesus’ do bairro Santa Luzia, e do músico Renato Augusto da igreja Assembleia de Deus do bairro José e Maria, o prefeito Julio Lossio inaugurou na noite de ontem (25), o mais novo monumento público da cidade, denominado ‘A Bíblia’ [...] Para o Frei Erivan Nuto, da Paróquia de São Francisco de Assis, que estava representando o Bispo da Diocese de Petrolina, Dom Manoel dos Reis de Farias, a

obra é muito importante porque a Bíblia é a lei que rege a vida dos cristãos. “A Bíblia para nós é um livro sagrado e o mais importante na vida de todos nós católicos. Esse monumento é fundamental porque, com certeza, motivará nas pessoas o desejo de ler mais o livro sagrado” [...]Elogiando também a iniciativa da prefeitura, o Pastor Manuel Moreira, da Igreja Batista Missionária da Nova Aliança, agradeceu pela criação da obra. “A Bíblia não é apenas destinada a um grupo religioso, mas a todos os homens da terra.

A inauguração contou com vários representantes cristãos, entre católicos e evangélicos e, segundo os veículos de comunicação locais, à época, nenhuma manifestação de repúdio fora registrada.

Em meados de 2011, uma ação do Governo Federal causou alvoroço nos setores mais conservadores da sociedade em todo país, e não se tratava de uma escultura sobre uma personagem folclórica de matriz africana. Buscando combater o preconceito e os altos índices de crimes relacionados à homofobia, é anunciado pelo Ministério da Educação um conjunto de ações, envolvendo dentre outras coisas a distribuição de cartilhas e vídeos nas escolas da rede pública estadual, inicialmente em São Paulo e em seguida em todo o país. A iniciativa foi inicialmente nomeada de “kit anti-homofobia” e mais tarde apelidada pela bancada evangélica de “kit-gay”.

O objetivo central do material era, segundo as declarações do Ministro da Educação o fomento ao diálogo nas escolas, em que a formação do cidadão é acompanhada pelo Estado, acerca de temas como sexualidade e preconceito. A mensagem de aceitação a este grupo, os homossexuais e transgêneros, era clara e contrariava diretamente os interesses dos parlamentares religiosos, que não tardaram a se articular para barrar a iniciativa.

Em 25 de maio de 2011, o Portal de Educação da UOL publicou matéria assinada pelas jornalistas Camila Campanerut e Karina Yamamoto, tratando da pressão da bancada evangélica pelo abortamento do “kit-gay” e o recuo do Governo frente a esta ofensiva.

Depois da pressão da bancada evangélica e de grupos católicos do Congresso e das ameaças dos parlamentares desses grupos de apoiar investigações sobre o ministro da Casa Civil, Antonio Palocci, o governo federal decidiu suspender a produção e a distribuição do kit anti-homofobia, que estava em planejamento no Ministério da Educação.

As jornalistas registram em sua matéria que o principal interesse da bancada, em relação ao “kit-gay”, é se posicionar “contra o plano nacional que defende os direitos dos gays”. Este mesmo entendimento foi manifestado pelo representante do Programa da AIDS da ONU no Brasil, Pedro Chequer, em 13 de junho de 2012, durante o Terceiro Seminário Nacional de Direitos Humanos e DST/AIDS, em Brasília. Segundo o representante da UNAIDS “A mensagem de independência pode ser substituída por uma postura retrógrada, de quem restringe suas ações em virtude de dogmas religiosos” disse referindo-se à ameaça que concessões como estas representam à laicidade do Estado, ao passo em que alertou para a necessidade de implementação de políticas públicas voltadas à saúde e educação fundadas nas diretrizes do Estado, e não em interesses religiosos[35].

3.2 ATOS ATENTATÓRIOS EMANADOS DO LEGISLATIVO

Em consonância com a mais acertada doutrina pátria, eis as funções primordiais do poder legislativo em nosso ordenamento:

Ao consagrar o princípio da separação dos poderes, a Constituição Federal de 1988 atribuiu

funções determinadas a cada um dos poderes [...] as funções típicas do Poder Legislativo são legislar e fiscalizar. No desempenho da função legislativa, cabe a ele, obedecidas as regras constitucionais do processo legislativo, elaborar as normas jurídicas gerais e abstratas. (ALEXANDRINO; PAULO, 2010, p. 159)

Cabe assim aos membros do legislativo, em todas suas esferas, elaborar as regras que acompanhando a marcha social e os limites constitucionais, hão de reger a sociedade e, ainda, acompanhar os atos do executivo, de modo a fiscalizá-lo.

Em 11 de julho de 2014, o portal de notícias *online* “G1” noticiou as atividades da Câmara Municipal da cidade de Nova Odessa, no Estado de São Paulo. Segundo a matéria, havia sido aprovado, por cinco votos a dois, projeto de lei proposto pelo Vereador Vladimir Antônio da Fonseca, que determina leitura, diária e obrigatória, de versículos bíblicos nas escolas públicas municipais. Segundo o autor, em entrevista concedida ao veículo de jornalismo, não há pretensão de impor sua religião aos demais, e sim de apenas promover a reflexão sobre valores. No sítio oficial da prefeitura de Nova Odessa, foi publicada, em 21 de julho de 2014, nota informando o veto ao projeto e a informação de que a Diretoria de Assuntos Jurídicos emitiu parecer no sentido de elucidar a inconstitucionalidade da Lei aprovada pela Câmara.

Atos como estes, que tentam legislar acerca de uma determinada prática religiosa, dotando-a de generalidade e abstração, espalham-se pelo território nacional nas Câmaras Legislativas. Outros dois exemplos são os ocorridos na cidade de Araguaína, no Estado de Tocantins, e na Assembleia Legislativa do Estado de Goiás.

A cidade de Araguaína, a 350 km da capital Palmas, com pouco mais de 150 mil habitantes, teve em 2011, em sua Câmara Municipal, a aprovação de Lei proposta pelo vereador Manoel

Moreira de Brito, que determina a obrigatoriedade da leitura de versículos bíblicos pelos alunos das escolas da rede pública municipal. A notícia, veiculada no blog do jornalista local Paulo Lopes, em 23 de novembro de 2011, também registra que este procedimento, de leitura obrigatória, já é prática na própria casa legislativa que, por sua vez, decidiu estender a obrigatoriedade aos alunos da rede de ensino. Ainda na matéria, é informado que o Ministério Público “poderia” tentar a invalidade da norma.

A situação não é tão distinta em Goiás. O deputado Daniel Messac, cristão, membro da igreja Assembleia de Deus, como informa a matéria publicada no veículo digital “Notícias Gospel Mais”, em 6 de maio de 2012, entendeu que o regimento interno da Assembleia Legislativa do Estado de Goiás deveria ser alterado, de modo a passar a prever a obrigatoriedade da leitura Bíblica em seu teor. Para aquele representante, a obrigatoriedade é decorrência natural do fato de serem os cristãos “maioria esmagadora” da população Brasileira e daquele estado. O projeto de lei, aprovado, encontra-se em vigência, sendo as sessões, de acordo com as informações prestadas no sítio, abertas com a frase: “Sob a proteção de Deus, havendo número legal, declaro aberta a presente sessão, convidando um dos deputados para fazer a leitura de um trecho da Bíblia Sagrada”.

Em outros locais do país, projetos de lei similares seguem seu curso, como na cidade de Fortaleza, onde Vereador Mairton Felix propôs Projeto de Lei, sob o número 0179/2014, com o objetivo de tornar obrigatória a leitura da Bíblia em escolas públicas e privadas da capital do Ceará. Segundo o proponente, o projeto em nada fere o Estado laico, por ser dotado, exclusivamente de caráter cultural, e por isso mesmo entendeu bem o plenário pela aprovação do mesmo, o que autorizou a avaliação pela Comissão de Legislação, Justiça e Cidadania do Município[36], que até data da finalização deste trabalho encontra-se não concluída.

Também não enxerga ofensa ao princípio da laicidade o Vereador Zezito Salu, integrante do corpo legislativo do município

de Cabrobó, no interior pernambucano, que elaborou e conduziu o processo de aprovação, por unanimidade, de projeto de lei que obriga a leitura da Bíblia nas escolas Estaduais e Municipais situadas na cidade. Para o autor do projeto de lei a iniciativa vem corrigir um equívoco nas grades curriculares, haja vista o ensino religioso não estar voltado exclusivamente para a Bíblia e o cristianismo. Para o Vereador, “as ciências humanas e exatas são importantes, mas a religiosa não fica atrás”, de modo que este entendimento embasa a obrigatoriedade e generalidade daquela determinação. Em Curitiba, Paraná, a vereadora Carla Pimentel também compreende que a leitura bíblica deva ser obrigatória na rede de ensino municipal, por isso mesmo propôs Projeto de Lei sob número 005.00131.2014, que determina a imperatividade desta conduta. Para a representante popular, a leitura justifica-se também como fonte de pesquisa científica, pelo valor “cultural e arqueológico” que o livro possui.

No interior de São Paulo, na cidade de Piracicaba, um outro Projeto de Lei, igualmente voltado a interesses religiosos, causa ainda mais comoção. Trata-se do Projeto de Lei nº 202/2010 de autoria do Vereador Laércio Trevisan. O texto do projeto veda o uso e sacrifício de animais em cultos religiosos, prevendo multa de R\$ 2.000,00 a R\$ 5.000,00 (dois mil a cinco mil) para quem incida na prática, numa evidente vedação ao culto afro. O autor do projeto, que integra a bancada evangélica do município, entende que não há nenhuma perseguição religiosa na lei. O blog local “Blog do Branquinho”, veiculou em 11 de abril de 2013 o corrido:

Apesar do projeto ter sido aprovado por unanimidade, tendo como argumento o fim da crueldade contra animais, os movimentos religiosos de matriz africana se articularam e foram ao prefeito Barjas Negri (PSDB, ex-ministro da Saúde de FHC) pedir o veto da lei, sendo atendidos. O veto retornou à Câmara, onde, em meio a discursos preconceituosos e intolerantes, teve maioria dos votos mas não

conseguiu atingir o quórum regulamentar, e a lei não entrou em vigor. O proponente disse que voltaria a tentar aprová-lo numa nova legislatura.

A tentativa de cerceamento foi barrada pelo executivo, pressionado por setores da sociedade, mas a ameaça foi reiterada e anunciada para próxima legislatura, que certamente ocorrerá, haja vista o crescente número de religiosos, legislando para as religiões, nas Câmaras Municipais do país.

O Projeto de Lei de nº 992/2011, de igual conteúdo, é voltado a vedar, indiretamente, as práticas relacionadas ao culto de religiões de matriz africana. Proposto desta vez na Assembleia Legislativa de São Paulo, pelo Deputado Estadual Feliciano Filho, também cristão, como sugere a fonte jornalística, teria como objeto principal evitar a crueldade contra animais sacrificados em cultos religiosos, prevendo multa e até R\$ 5,2 mil para cada infração, dobrando de valor nos casos de reincidência. A notícia veiculada no portal “G1”, em 18 de outubro de 2011, informa que setores internos da Assembleia Legislativa se articularam para, assim como em Piracicaba, vetar o projeto.

Outra propositura legal que caminha em direção similar ocorreu na cidade de Manaus, no Amazonas. De acordo com informações disponíveis em 08 de maio de 2014, no sítio da Câmara Municipal de Manaus, o Vereador e pastor Carlos Alberto defende a criação de um Conselho Municipal de Pastores Evangélicos na cidade de Manaus, com o objetivo de, junto com as secretarias do município, desenvolver estudos, debates e pesquisas. Ou seja, uma atuação conjunta de determinadas secretarias do Município, que não se sabe quais seriam pelo conteúdo da matéria, e deste Conselho, formado exclusivamente por pastores. Eis a Justificativa do parlamentar:

Através do Conselho Municipal de Pastores Evangélicos da cidade de Manaus, os líderes evangélicos poderão encontrar apoio para os

projetos sociais que desenvolvem em suas igrejas e bairros, que vem beneficiando diretamente a vida da nossa população no que diz respeito ao resgate de vidas de jovens, restaurando famílias e educando as crianças no caminho que se deve andar.

Dessa forma, com a chancela do executivo, o Conselho teria liberdade para atuar com força pública na sociedade e difundir sua crença, como já vem fazendo, determinando “o caminho que se deve andar” para toda a sociedade local.

Todos os exemplos trazidos até aqui, por mais que reflitam outros tantos que certamente se multiplicam pelo país, restringem-se aos municípios onde ocorreram e na maioria das vezes não chegam a lograr êxito pelos vetos do executivo; em outras palavras, se um município institui a obrigatoriedade do culto cristão nas escolas, isto não se estende aos municípios circunvizinhos. O que não pode passar despercebido é uma configuração peculiar: é função precípua do legislativo fiscalizar a atuação do executivo, que por sua vez, como já mencionado, deve implementar a lei no que se refere à instituição de direitos, garantias fundamentais e a própria governança que reflete o ideal republicano e democrático. No entanto, não é precípua ao executivo a função de fiscalizar o legislativo[37], sendo contudo o que se tem observado no território nacional. O que dizer então se condutas desta natureza se instaurassem no Congresso Nacional?

As frentes parlamentares são um fenômeno peculiar, porém não exclusivo, da política brasileira, que se constituem em grupos de parlamentares que se articulam, a despeito de pertencerem geralmente a partidos distintos, em torno de interesses similares. A grande mídia nacional atribuiu o nome de “bancadas” a este fenômeno político, ganhando popularidade no seio social. Dentre as mais conhecidas tem-se a ruralista, a da bola[38] e a evangélica.

Embora bastante conhecida nacionalmente, não goza de muita credibilidade a bancada evangélica, nem entre os evangélicos do país, nem entre eleitores que se situam para além dos domínios da religião, sendo alvo de ataques, ora pelos posicionamentos religiosos, ora pelos escândalos[39] envolvendo seus integrantes. Cabe ao bojo destes estudos, destarte, tratar alguns atos implementados por esta frente parlamentar em especial.

A revista Veja, em seu periódico digital, publicou a matéria “Vinde a mim os eleitores: a força da bancada evangélica no Congresso”, assinada por Gabriel Castro e Marcela Mattos, em que são apresentadas algumas situações que poderiam ser consideradas verdadeiras denúncias, se não fosse o aspecto de normalidade que certas condutas têm assumido atualmente em nosso legislativo. Sobre as atividades rotineiras desta frente em questão, comentam os jornalistas:

Com o colarinho desabotoado, terno e gravata escuros e camisa branca, o pastor Henrique Afonso (PV-AC) faz um alerta às pessoas que acompanham sua pregação na manhã da última quarta-feira. O local: o plenário número dois das comissões da Câmara dos Deputados. O público: oito deputados federais e trinta servidores do Congresso. O culto ocorre semanalmente. Os parlamentares-pastores fazem um rodízio. A cada semana, uma dupla divide a direção do serviço e a pregação do dia.

A matéria informa acerca da utilização do plenário número dois das comissões da Câmara dos Deputados para realização de culto religioso, ao tempo em que também coloca:

Em Brasília, chama a atenção a atuação organizada desse grupo de parlamentares que, apesar de pertencerem a partidos diferentes, se articulam na defesa de suas bandeiras. E elas

costumam ser mais contra do que a favor: contra a legalização do aborto, o casamento gay, a eutanásia e a liberação das drogas.

Quando Gabriel Castro e Marcela Mattos utilizam a expressão “mais contra do que a favor” estão realmente se referindo àquilo que aparentemente configura a razão de ser desta frente parlamentar, qual seja, militar, na seara legiferante, contra o avanço de direitos de grupos que sejam considerados como “pecaminosos” ou “pecadores”, segundo os dogmas das religiões que professam aqueles parlamentares. E isto se percebe, sem muita dificuldade, pelas ações implementadas, como o já mencionado “Kit-Gay”, que fora abortado pelo Ministério da Educação em razão de chantagens de cunho político promovidas pela bancada, como denuncia o periódico “Veja”, na sua versão *online*, em 25 de maio de 2011:

A presidente Dilma Rousseff determinou nesta terça-feira a suspensão da produção e distribuição do kit anti-homofobia em planejamento no Ministério da Educação, e definiu que todo material do governo que se refira a “costumes” passe por uma consulta aos setores interessados da sociedade antes de serem publicados ou divulgados.

A matéria é específica ao determinar a causa da suspensão:

A manifestação ocorreu na esteira de uma reunião de Carvalho com a bancada evangélica da Câmara. O grupo de parlamentares chegou a ameaçar o governo com obstrução da pauta no Congresso, colaborar com assinaturas para convocar o ministro Antonio Palocci (Casa Civil) a se explicar sobre sua evolução patrimonial e propor uma CPI para investigar o MEC. Ontem, no plenário, o deputado Anthony Garotinho (PR-RJ) chegou a pedir a demissão do ministro da

Educação, Fernando Haddad. Na semana passada, o mesmo Garotinho, que é vice-presidente da Frente Parlamentar Evangélica, afirmou que a bancada evangélica, composta por 74 deputados, não votaria “nada”, nenhum projeto na Câmara, até que o governo recolhesse os vídeos anti-homofobia.

Outro exemplo emblemático da luta da Bancada contra os Direitos das minorias é a batalha travada contra o já famigerado PLC 122/2006. O sítio do Partido Social Cristão, PSC, informa, sem qualquer constrangimento, as ações no intuito de vetar o avanço de direitos dos grupos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros (LGBTT), uma minoria comprovadamente perseguida e vitimada socialmente. Na página do partido, em matéria publicada em outubro de 2013, é relatada a empreitada de vedação do Projeto de Lei. O PLC em questão tinha como objetivo original tornar crime a discriminação ou o preconceito em razão da orientação sexual e da identidade de gênero, com vistas à diminuição da violência psicológica e física a que é submetido este grupo. Ainda pelo texto original da proposta, pastores ou padres não poderiam citar trechos da Bíblia com objeto de fomentar o ódio contra homossexuais e transgêneros. A bancada, entendendo se tratar de cerceamento de liberdade (da liberdade de ofender fundada na fé), passou sistematicamente a boicotar o projeto, como se pode perceber da leitura do texto encontrado no próprio sítio do PSC; “o PLC 122/2006 já foi aprovado na Câmara dos Deputados e tramita no Senado há sete anos. O texto passou pela Comissão de Assuntos Sociais (CAS), onde foi modificado por substitutivo apresentado pela então senadora Fátima Cleide”. Destaque-se que o intervalo de sete anos é contabilizado até 2013, quando daquela publicação. A modificação a que se refere o texto mencionado diz respeito à tentativa de “agradar” a bancada, como se pode ver:

Para atender a demandas dos grupos religiosos, o relator já havia, por exemplo,

modificado artigo que torna crime “impedir ou restringir a manifestação de afetividade de qualquer pessoa em local público ou privado aberto ao público”, incluindo ressalva para que seja “resguardado o respeito devido aos espaços religiosos”. A medida, no entanto, não foi suficiente para o entendimento.

Frise-se, “não foi suficiente para o entendimento”, o projeto encontra-se afastado da pauta até a data da publicação desta pesquisa.

A luta da bancada contra os direitos LGBTT segue e aprofunda-se. É o que constata Sylvia Maria Mendonça do Amaral (2010), em seu artigo intitulado “Leis benéficas a homossexuais ainda são barradas”, publicado no portal online “Consultor Jurídico”. Já em seu parágrafo inicial ela sintetiza todo o quadro exposto até aqui:

O não-reconhecimento dos direitos do segmento LGBT é notório, sendo-lhes negados até aqueles previstos em nossa Constituição Federal, como o direito à igualdade, liberdade, dignidade, dentre outros. Bastaria nossos legisladores reconhecerem a união estável entre pessoas do mesmo sexo e isso já será o bilhete para acesso a outros tantos direitos dela decorrentes, como o direito à sucessão e à partilha de bens.

A advogada civilista discorre acerca da perseguição aberta da bancada aos direitos dos homossexuais, referindo-se aos fatos envolvidos com a aprovação da Lei 12.010, de 3/8/2009:

O Projeto de Lei 314/2004, sancionado em 2009, que recebeu o nº de Lei 12.010, de 3/8/2009, a Nova Lei da Adoção, trata da redução de tempo no qual as crianças

permanecem em abrigos, aguardando por uma eventual adoção. Havia no texto do projeto de lei a previsão de que casais homossexuais pudessem adotar. Essa possibilidade, sem dúvida, seria conceder aos homossexuais direito de contribuir para a redução do tempo de permanência das crianças em abrigos. Aliás, esse era o objetivo do projeto. **Porém, a bancada evangélica, nas negociações que antecedem a aprovação de quaisquer projetos de lei, manifestou-se no sentido de que votaria rápida e favoravelmente aquele em específico, desde que suprimido o artigo que concedia aos homossexuais o direito de adotar.** E, pelo “bem estar” das crianças, o projeto de lei, que precisava ser aprovado com rapidez, teve retirado de seu texto aquilo que era atinente aos homossexuais, que assistiram, novamente, à negação de seu direito à igualdade. (2010) (grifo nosso)

Não se limitando à supressão de fragmentos do texto original, que assegurariam o direito de igualdade aos homossexuais no tocante à adoção, adiantou-se o deputado Zequinha Marinho, também do PSC, em propor o Projeto de Lei nº 7.018/2010 na Câmara dos Deputados, o qual tem como objetivo alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente[40] de modo a vedar a adoção por casais do mesmo sexo.

Outro alvo recorrente dos ataques desta frente parlamentar é o rol de direitos das mulheres, mais recentemente as questões relacionadas ao aborto. Grande foi a celeuma, hoje já pacificada acerca do aborto de anencéfalo. E mais recentemente o tema aborto voltou à pauta de ataques, em razão de proposta do Conselho Federal de Medicina em legalizar o aborto, indiscriminado, até a 12ª semana. Em resposta a tal propositura, o Senador Magno Malta, sem qualquer respaldo científico, classificou a medida como a

promoção da “morte em série no país”. A reportagem de 23 de março de 2013, da *Veja* online, faz uma menção à postura do Senador Malta, ao registrar que “não raro parece confundir a função de pastor da Igreja Batista com a de parlamentar. No plenário, ele usa a tribuna para citar trechos da Bíblia mesmo quando o assunto em pauta nada tem a ver com religião.”

Outra ação notória, orquestrada pela Bancada na defesa de seus interesses religiosos, é a propositura, em 2011, pelo deputado federal João Campos, na Câmara dos Deputados, de Projeto de Decreto Legislativo que propunha suprimir a Resolução CFP n° 001/99[41], de 22 de março de 1999. No projeto do parlamentar (PDC 234/11), dever-se-ia sustar o parágrafo único do art. 3° e o art. 4°, que estabelecem normas de atuação para os psicólogos e a vedação da tratativa da homossexualidade como doença. A intenção era clara: classificar novamente a homossexualidade como doença psicológica e autorizar os profissionais a proceder tratamentos para estes supostos casos. O projeto foi retirado da pauta, em razão da grande repercussão popular.

Todavia, poucas ações refletem tão diretamente a presença religiosa na atuação política como a propositura da PEC 99/11. A Proposta de Emenda à Constituição, de autoria do deputado João Campos, intenta acrescentar ao art. 103, da Constituição Federal, o inciso X, que dotará de capacidade postulatória as Associações Religiosas, as quais a partir de então poderão propor ação de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade de leis ou atos normativos. O texto segue, até a data presente, aguardando votação.

O repúdio ao Projeto de Emenda foi amplamente manifesto por vários setores da sociedade, por ser considerada uma ameaça direta ao Estado laico, ao legitimar instituições religiosas para interferirem diretamente no questionamento da constitucionalidade de decisões judiciais e normas, num flagrante e profundo infiltramento religioso na prática jurídica.

A atuação desta frente parlamentar em uma das casas legislativas mais importantes do país, cujos temas e normas afetam diretamente a vida de toda a sociedade, configura para alguns atentado direto aos fundamentos do Estado, como aponta Simone Andréa Barcelos Coutinho, procuradora do município de São Paulo em Brasília, que em artigo publicado no portal Consultor Jurídico, em 23 de agosto de 2011, intitulado “Escolha eleitoral deve considerar secularismo do Estado”, assevera:

Ainda, no Estado laico, não há direito que não o produzido pelo Estado através de seus poderes constituídos. De princípios e normas religiosas, não decorrem direitos nem obrigações para ninguém. Com isso, outras autoridades não existem que não as civis e militares, constituídas pelo Estado. Destarte, não há que se falar em “autoridade religiosa”. Isso tem consequências(sic) capitais: ninguém, a pretexto de crença ou de liberdade de culto, poderá embaraçar a ação das pessoas ou do Estado.

E conclui:

No que tange à ação de um Estado que se pretenda laico, jamais o interesse público poderá ser aferido segundo sentimentos ou ideias religiosas, ainda que se trate de religião da grande maioria da população nele residente.

A crítica se faz não ao direito de votar e ser votado de que gozam todos os religiosos em nossa sociedade civil; obviamente, o que se pretende abordar é uma relação paradoxal e insustentável que se deflagra ao momento em que aquele representante, eleito com base em promessas de cunho religioso, ao exercer sua legislatura, age amplamente pautado nesses princípios, e não o faz de modo a proteger o direito de crença de seus eleitores, mas para

perpetrar para toda a sociedade tais convicções de modo imperativo, numa tentativa de dogmatizar todo o povo, valendo-se do Estado, da lei. Mais gravosa ainda é a situação em que o poder público, movido por estes interesses, passa a esmagar direitos e garantias de outros grupos, que lhe sendo contrários, são impedidos de usufruir dos mesmos postulados legais, numa indiscutível instrumentalização estatal em prol de um ideal religioso específico e de interesses, não da coletividade mas de um aglomerado em especial.

3.3 ATOS ATENTATÓRIOS EMANADOS DO JUDICIÁRIO

Cabe ao poder judiciário a “solução definitiva dos conflitos intersubjetivos” e mais do que isso, a busca contínua e ininterrupta pela “garantia da integridade do ordenamento jurídico, mediante a aferição da compatibilidade entre os atos estatais e os comandos vazados na Constituição” conforme lecionam, muito precisamente, Alexandrino e Paulo (2010) . Não se pode sequer conceber a permanência de um Estado Democrático de Direito sem que se fale em um Poder Judiciário independente e atuante. No entanto, a despeito disto, também é possível observar o implemento de atos, na esfera de atuação judiciária, que podem ser classificados como atentados à laicidade, princípio este que deveria precipuamente proteger.

Uma decisão interlocutória proferida em 2014, por um juiz monocrático no Rio de Janeiro, chamou a atenção da mídia e da sociedade, mais especificamente a fundamentação do pronunciamento. É sabido que pelo princípio da motivação não podem os magistrados prolatar decisão qualquer sem que esta venha fundada em pilares legais que, previamente postos aduzam ao direito que o magistrado exalta em sua decisão. O decisum em questão ocorreu no curso de Ação Civil Pública, de nº 0004747-33.2014.4.02.5101, movida pelo Ministério Público Federal em face da Google Brasil Internet Ltda, tendo por objetivo a condenação da referida empresa na obrigação de retirar conteúdos ilícitos

hospedados na internet, em que a ilicitude alegada era a de ataques ao culto de religiões de matriz africana. Nos vídeos que se tentava remover da rede mundial de computadores era promovido o ódio e o preconceito a práticas daquela religião, numa clara ação de preconceito e intolerância religiosa.

No processo em questão, o magistrado não apenas sinalizou o direito de agressão do grupo religioso que atacou o culto de matriz afro, legitimando o direito ao exercício da intolerância religiosa, como tentou argumentar pela não configuração dos cultos de matriz africana como “regulares manifestações religiosas”, pelo fato, exclusivo, de não guardarem similaridades com o culto cristão. Ou seja, para aquele árbitro, em não sendo cristianismo, não é configurada religião. Jaime Mitropoulos, Procurador da República, representante do Ministério Público Federal que interpôs Agravo de Instrumento junto ao Tribunal Regional Federal da 2ª Região, sobre a questão, coloca-se:

A decisão judicial, numa canetada, catalogou ou pretendeu catalogar quais seriam os requisitos para que uma manifestação de fé seja caracterizada como religião. Dessa forma, a justiça brasileira, através de uma decisão monocrática, estaria criando um “sistema tarifado de fé”, excluindo, com isso, determinados núcleos de pertencimento religioso da esfera de proteção judicial (vale anotar que no Rio de Janeiro existem mais de oitocentos locais de culto de religiões de matrizes africanas).

Eis aqui, na íntegra, a “canetada” a que se refere o Procurador Federal:

Em primeiro lugar, revogo, em parte, a decisão de fls. 145/146 que determinou a

forma o de existência de litisconsórcio passivo necessário.

Deverá, portanto, tramitar somente em face do GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA.

Em rela o   retirada dos vídeos , bem como o fornecimento do IP dos divulgadores, indefiro a antecipa o da tutela, com base nos seguintes argumentos.

Com efeito, a retirada dos vídeos referentes a opiniões da igreja Universal sobre a crença afro-brasileira envolve a concorrência não a colidência entre alguns direitos fundamentais, dentre os quais estaco:

Liberdade de opinião;

Liberdade de reunião;

Liberdade de religião.

Começo por delimitar o campo semântico de liberdade , o qual se insere no espaço de atua o livre de interven o estatal e de terceiros.

*No caso, **ambas manifesta es de religiosidade não cont m os traços necessários de uma religião a saber, um texto base (cor o, bíblia etc) ausência de estrutura hierárquica e ausência de um Deus a ser venerado.***

*Não se vai entrar , neste momento, no pantanoso campo do que venha a ser religião, apenas, para ao exame da tutela, **não se***

apresenta malferimento de um sistema de fé. As manifestações religiosas afro-brasileiras não se constituem em religiões, muito menos os vídeos contidos no Google refletem um sistema de crença - são de mau gosto, mas são manifestações de livre expressão de opinião.

Quanto ao aspecto do direito fundamental de reunião, os vídeos e bem como os cultos afro-brasileiros, não compõem uma vedação à continuidade da existência de reuniões de macumba, umbanda, candomblé ou quimbanda.

Não há nos autos prova de que tais cultos afro-brasileiros - expressão que será desenvolvida no mérito - estejam sendo efetivamente turbados pelos vídeos inseridos no Google.

Enfim, inexistente perigo na demora, posto que não há perigo de perecimento de direito, tampouco fumaça do bom direito na vertente da concorrência, não colidência, de regular exercício de liberdades públicas.

Não há, do mesmo modo, perigo de irreversibilidade, posto que as práticas das manifestações afro-brasileiras são centenárias, e não há prova inequívoca que os vídeos possam colocar em risco a prática cultural profundamente enraizada na cultura coletiva brasileira.

Isto posto, revogo a decisão de emenda da inicial, indefiro a tutela pelas razões expostas e determino a citação da empresa ré para apresentar a defesa que tiver no prazo legal.

Após a contestação, ao MPF”.(Grifo do Autor)

Os grifos, de autoria do Procurador, destacam os fundamentos da decisão, em que alega não conterem traços suficientes de religião os cultos afro-brasileiros, e que os vídeos, de nítida intolerância e incentivo ao ódio para com estas crenças, não teria contornos de impedimento de continuidade das reuniões daquilo, que para o magistrado, não seria religião, o que foi considerado pelo membro do MP que assina o recurso como “fundamentos estarecedores”.

A decisão, não corresponde, evidentemente, ao posicionamento de todo o judiciário brasileiro, mesmo porque não há que se esquecer da autonomia dos juízos quando da formulação do suas convicções. Porém o ato, isoladamente considerado, revela a presença no judiciário da forte influência religiosa quando da prolação das decisões, chegando ao despautério, como neste caso em separado, de se fazer uso do poder de que goza o Estado, não somente para permitir a intolerância, como robustecê-la quando da tentativa de desqualificação das praticas dos cultos de matriz africana como religião.

Outra conduta sustentada pelos tribunais, esta não em pronunciamentos difusos, mas no próprio espaço físico dos órgãos, é a manutenção dos símbolos cristãos como o crucifixo e a Bíblia, questão que vem gerando intensa discussão.

A retirada dos símbolos cristãos das repartições públicas já foi suscitada diversas vezes, em todas as instâncias, sendo as demandas, em sua maioria, decididas no sentido da permanência de tais símbolos. Uma das abordagens presente nos fundamentos das decisões é a de que, antes de religiosos, são culturais os ícones ostentados nos órgãos do judiciário, de modo a não configurar atentado algum à pluralidade religiosa de que goza o Estado ou mesmo à laicidade.

Este entendimento não é unânime e o posicionamento contrário a ele vem sendo objeto de estudo e vasta produção científica jurídica, como é o caso do artigo “O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado”, parte integrante da obra “Em defesa das liberdades laicas”[42] de Daniel Sarmiento. Na produção são expostos e rebatidos os argumentos mais frequentes utilizados pela manutenção dos símbolos religiosos. Para o autor, nenhum deles se sustenta haja vista serem tentativas pírias de ocultar a predileção do poder judiciário por um determinado culto, manifesta pela exposição e manutenção dos símbolos no espaço dos órgãos, predileção esta que configura claramente violação ao princípio da laicidade, segundo o autor.

A questão similar fora suscitada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede administrativa, por meio da requisição movida pela Liga Brasileira de Lésbicas junto presidência do TJ-RS, que pleiteava a remoção dos símbolos religiosos dos tribunais. O procedimento foi acompanhado por diversos setores da sociedade, incluindo grupos religiosos cristãos, tendo em 6 de março de 2012 decisão favorável a retirada dos ícones cristãos presentes nos espaços públicos dos prédios da Justiça gaúcha[43]. Cabe destacar que a referida decisão reformou o entendimento anterior daquele tribunal, que em 2011 havia se inclinado pela manutenção dos símbolos religiosos nas dependências dos prédios públicos.

O relator, Desembargador Cláudio Baldino Maciel, em seu voto defende a retirada dos símbolos e a proteção ao Estado Laico sob os seguintes argumentos:

Vê-se, assim, que a questão ora analisada não é prosaica ou simples, já que não se trata de julgar forma de decoração ou preferência estética em ambientes de prédios do Poder Judiciário, senão de dispor sobre a importante forma de relação entre Estado e Religião num país constituído como república democrática e laica.

[...]

No entanto, à luz da Constituição, na sala de sessões de um tribunal, na sala de audiências de um foro, nos corredores de um prédio do Judiciário mostra-se ainda mais indevida a presença de um crucifixo (ou uma estrela de Davi do judaísmo, ou a Lua Crescente e Estrela do Islamismo) do que uma grande bandeira de um clube de futebol.

Isto porque, ao passo em que a presença da bandeira de um clube de futebol na sala de sessões de um tribunal não fere o princípio da laicidade do Estado (ao contrário da presença do crucifixo, que fere tal princípio), a presença de qualquer deles – bandeira de clube ou crucifixo – em espaços públicos do Judiciário fere o elementar princípio constitucional da impessoalidade no exercício da administração pública. Ou seja, a presença de símbolos religiosos em tais locais viola, além do princípio da laicidade do Estado e da liberdade religiosa, também o princípio da impessoalidade que rege a administração pública.

Os símbolos oficiais da nação brasileira estão previstos na Constituição Federal, sendo eles a bandeira, o hino, as armas e o selo nacionais.[8] São símbolos do Estado do Rio Grande do Sul a bandeira rio-grandense, o hino farroupilha e as armas tradicionais[9]. Tais são os símbolos, portanto, que podem ser ostentados em ambientes formais do Poder Judiciário, abertos ao público, sem violação do princípio constitucional da impessoalidade.

Sendo a questão, muito mais ampla do que meramente pertinente à decoração dos tribunais, como querem defender alguns, ou ainda inofensiva à legitimação do Estado. De modo que se adiantou a justiça gaúcha na proteção do princípio constitucional.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), “órgão de controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes”, como ensinam Alexandrino e Paulo (2010) tem se manifestado sobre o tema muito timidamente, o que pode ser percebido pelas decisões proferidas e pelo silêncio acerca das questões jurídicas difusas e latentes, como esta ocorrida no Rio Grande do Sul. A decisão proferida a que se refere o texto ocorreu em 2007, quando a ONG *Brasil para Todos* formulou requerimento ao órgão de controle pela determinação de retirada, em todo o território nacional, de tais símbolos, bem como pela proibição desta prática aos magistrados. À época inclinou-se o CNJ pela manutenção dos símbolos, negando provimento ao pedido. Porém, mesmo esquivando-se de decidir de modo a impor uma postura aos magistrados em todo o país, vem sinalizando, o órgão de controle, no sentido de promover a informação e o debate sobre o tema. Isto é percebido pela realização, em 2011, do *Seminário Internacional sobre o Estado Laico e a Liberdade Religiosa*. O evento realizado em Brasília tinha razões e objetivos claros, como registra o portal jurídico de notícias JusBrasil:

O Estado Laico e A Liberdade Religiosa é o tema do Seminário Internacional que será realizado no próximo dia 16 de junho, no Centro de Convenções Brasil 21, em Brasília, organizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com o objetivo de oferecer elementos para a compreensão das questões jurídicas que envolvem as relações entre a Igreja e o Estado, tanto no que diz respeito às consequências jurídicas da separação entre ambos, quanto em relação às formas e limites da cooperação mútua

e da garantia do respeito à liberdade religiosa num Estado plural e democrático de direito. A necessidade do seminário, conforme o CNJ, nasceu da crescente discussão na esfera judiciária sobre questões de caráter administrativo ou judicial envolvendo as relações entre o espiritual e o temporal, tais como a presença de símbolos religiosos em órgãos públicos, o funcionamento ou não desses órgãos em dias santos, ou o enquadramento de determinados argumentos como de caráter religioso, para descartá-los do discurso jurídico.

Embora tenha se furtado da obrigação de posicionar-se, como fez o Tribunal de Justiça no Rio Grande do Sul, não deve ser desprezada a iniciativa do CNJ em promover o debate em um âmbito nacional, o que pode fomentar a discussão, geral e pontual, acerca do tema, numa tendência que, inegavelmente, evidencia de *per si* uma situação de crise no judiciário, o qual, devendo agir de modo a proteger os fundamentos do Estado e os direitos e garantias fundamentais, assume posição partidária religiosa, tanto no espaço físico dos órgãos quanto em suas decisões.

3.4 A CRISE DO ESTADO LAICO E O RISCO ÀS LIBERDADES E À SOLIDEZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Professores que, em sala de aula, pregam a palavra como se em um culto estivessem e, quando questionados sobre este suposto direito de impor a religião, aceitam e promovem a prática do *bullying* contra os alunos que se posicionam desfavoráveis ao culto escolar. Chefes do executivo, que se esquecendo de suas mais urgentes demandas passam a exaltar sua própria crença, em obras, atos e declarações, privilegiando seu grupo a despeito dos interesses coletivos ou mesmo da mais apropriada observância aos princípios norteadores da governança. Membros do legislativo, que se valendo de suas atribuições precípuas põem-se a normatizar

suas convicções religiosos pessoais, direcionando-as a todos que se encontrem sob os domínios de sua legislatura, gerando uma imperatividade que sequer no âmbito religioso é aceitável. Erguem-se ainda contra a livre manifestação da população, barrando-a, mitigando-a, nas mais claras e constrangedoras tentativas de extermínio do diferente, em atos de declarado combate aos direitos daqueles que lhes são religiosamente estranhos, disseminando do alto das mais elevadas tribunas, ditas laicas, impropérios, agressões e ataques que somente podem fomentar o ódio e a segregação social. Tal separação resta igualmente visível no judiciário, que resiste, quando de ofício deveria se opor, preservando em suas salas símbolos que anunciam qual religião professa esse Estado que se intitula laico, mas reza para um deus em particular antes de proclamar os destinos da nação, ou quando se dirige a negar o direito à crença e sua legitimação religiosa, ao apoiar a discriminação, alegando não ser religião o que notoriamente é, aos olhos da população e da própria história nacional, num cruel atentado à dignidade que deveria banhar o direito personalíssimo de crença.

Ecoam vozes em nossa nação. Nitidamente são ouvidas. Vozes que bradam pela desigualdade, vozes que repetem sombrios cânticos de segregação, de opressão e ódio. Semeando a divisão e a extinção de tudo aquilo que destoa de seus traços peculiares, de sua cultura preferencial, de seus dogmas particulares e verdades irretocáveis. Vozes são ouvidas evocando uma autoridade que jamais lhe poderia ser dada, não em um terreno propenso a liberdades, numa era onde é celebrada a igualdade e por ela se constroem pontes para o futuro. Vozes, essas vozes ecoam, ainda, em nossa nação.

Outras tantas vozes, no entanto, igualmente se erguem para exaltar e proteger os pilares que sustentam este Estado que se dispõe a dirigir-se isonomicamente a todos. Vozes que surgem de diversos lugares: da filosofia, do pensamento social, da academia jurídica, dos Tribunais. Vozes que se propõe a questionar, a pensar

o Estado e sua melhor manifestação, aquela que efetivamente possa a todos oferecer guarida.

Roberto Arriada Lorea, em seu artigo “O assédio religioso”, comenta dois fatos pertinentes ao estudo em tela. No primeiro deles, é relatada notícia veiculada por jornal de grande circulação no Rio Grande do Sul, que tratava da posse de determinado secretário de Secretaria de Segurança Pública, cujo nome não fora divulgado, e que, em seu primeiro dia de trabalho, adota procedimento bastante peculiar contra o crime: a fé, levando todos os funcionários sob sua chefia a participar por cinco minutos de um “mini-culto”, no qual procedia a leitura de trecho bíblico, seguida de oração coletiva. Já segunda narrativa diz respeito ao constrangimento, em empresa privada, dos funcionários para a participação em um culto cristão.

Nas duas situações, aquele que detém autoridade sob os subordinados impõe a conduta, direta ou indiretamente, de participação em um culto religioso a despeito de qualquer que seja a crença dos funcionários, como se este fosse um ato próprio à atividade laboral, incorporando-o à mesma. E segundo o autor, embora guardando ampla similaridade, os efeitos e repercussão das duas situações foram bastante distintos.

A segunda situação foi levada a juízo, sendo apreciada pelo Tribunal Regional do Trabalho de Santa Catarina, na 3ª Turma, em sede do Processo nº 00826-2005-025-12-00-2, do qual determinada funcionária pleiteou indenização por dano moral em razão do constrangimento ao qual fora exposta por se negar a participar do culto cristão. Conforme a narrativa dos autos, a autora professava fé cristã, porém católica, enquanto que uma das sócias da empresa, a qual promovia as orações matinais obrigatórias, participava da Igreja Evangélica Quadrangular. No julgamento da pretensão, proferiu a juíza-relatora, Gisele Alexandrino:

É absolutamente reprovável o procedimento da ré em obrigar seus funcionários a participarem de orações de religião diversa da

que crêem, o que, sem dúvida alguma, atenta contra a moral do trabalhador, principalmente pelo fato dos proprietários da ré ameaçarem os empregados que não participassem das orações com rescisão contratual (TRT-SC apud LOREA et al, 2007, p.164)

Entendeu-se portanto, naquele julgado, que o constrangimento por parte das autoridades laborais à prática de determinada manifestação religiosa, diversa da professada pelo constrangido, configuraria violação de direito, o que ensejaria a reparação pelo dano moral. Desta feita, o que haveria de ser dito em relação ao Estado, que precipuamente deveria proteger os indivíduos destas circunstâncias e, em vez disso, passa ele próprio a promover o constrangimento? Sobre a questão posiciona-se Lorea et al:

Impor (ainda que veladamente) a prática religiosa aos servidores constitui-se em grave violação das liberdades laicas, pois ninguém pode sofrer coação estatal em matéria religiosa, sob pena de violação da liberdade de consciência e de crença assegurados na Constituição. (2008, p.164)

Sobre este suposto direito de constranger, de que pensam gozar determinados agentes estatais, firmou posição a doutrinadora Maria Berenice Dias[44], em discurso publicado sob o título “A Justiça e a laicidade”[45], quando comentou sobre a problemática que atinge certos setores do Estado. No fragmento abaixo comenta a autora sobre a contaminação que afeta o poder legislativo:

A postura discriminatória da sociedade, encharcada de preconceito, acaba se refletindo no legislador. Claro que ele não vai se manifestar a favor de um segmento que é alvo do repúdio da maioria. Como referendar o interesse de uma

minoria? Como votar a favor de uma lei que atente a uma parcela de excluídos? Ao depois, há risco de quem abraça a causa dos homossexuais ser identificado como um deles. Parece impossível que alguém defenda interesse de outros. (2008, 142)

Dedica-se, no mesmo discurso, a expor a postura omissa e perniciosa da magistratura:

Diante da postura omissiva do legislador, existe vácuo no sistema jurídico [...] situação que gera um circulo vicioso [...] O magistrado nada concede porque acha que a vontade do estado   não reconhecer direitos. Mas não   essa a intenção do parlamentar. Simplesmente se omite por absoluta covardia de enfrentar uma situação que pode excluí-lo do poder. (op. cit.)

Embora não aborde, diretamente, as questões pertinentes às praticas do legislativo e judiciário, de ostensiva perseguição religiosa, o faz indiretamente, ao questionar os motivos pelos quais deixam de agir, cumprindo os preceitos constitucionais, ao legislarem ou se omitirem a fazê-lo, e quando decidem, pendendo para um lado especifico da crença. Conclui a doutrinadora seu entendimento ao assentar que “o Poder Judiciário, ainda encharcado com preconceitos de ordens religiosas, acaba descumprindo com o seu papel de fazer justiça”.

O pensamento de Dias, embora não podendo ser compreendido como geral, e aplicado a todos os magistrados do país, infelizmente abarca grande maioria, que ainda se posiciona como se num Estado confessional estivessem. Todavia, sobre as questões do judiciário, ainda haverá uma oportunidade para abordagem nesse capítulo.

Enquanto Dias (2008) condena a postura do legislativo, que encharcado pelo preconceito social, e eivado do receio de prejuízo

próprio, deixa de legislar em benefício de minorias, Coutinho (2011) aponta a postura legiferante, contaminada pela religião, como algo a ser extirpado da realidade jurídica nacional:

Num Estado laico, não se pode admitir a fundação de partidos políticos religiosos. Assim, por exemplo, eventual partido “cristão”, “judeu” ou “católico”, é incompatível com o Estado laico. Os partidos políticos fornecem os candidatos aos cargos eletivos dos Poderes Legislativo e Executivo, poderes esses que devem ser exercidos com absoluta independência das religiões.

Dedica-se a Procuradora a demonstrar que se torna impossível exigir posicionamento isento do fator religioso, como determina a norma constitucional, por parte daquele indivíduo que se elege, exclusiva e preponderantemente, por este mesmo fator, e o faz prometendo a seus eleitores defender em sua legislatura os preceitos religiosos dos quais deveria manter-se distante. Elucidando ainda mais a questão, coloca: “O *equilíbrio de interesses* e pacificação social, numa sociedade *pluralista*, são conceitos que afastam a preponderância das religiões, mormente em situações nas quais os dogmas religiosos confrontam direitos fundamentais.”

Não por acaso o uso de grifos pela autora para as expressões “equilíbrio de interesses” e “sociedade pluralista”, por serem estes amplamente estranhos e antagônicos à grande parte dos religiosos e de seus representantes, igualmente religiosos nas casas legislativas do país. Na luta pela afirmação dos dogmas religiosos, comumente ataca-se e reprime-se a conquista de outros grupos, o que não coaduna com o ideal de pluralidade civil. Por isto, entende Coutinho pela vedação da mescla entre religião e poder legislativo, sob os seguintes argumentos:

Tendo em vista que são identificáveis, por exemplo, uma “bancada evangélica” e um “lobby católico” no Congresso Nacional brasileiro, que há partidos cuja legenda inclui o adjetivo “cristão”, e que frequentemente polêmicas religiosas invadem o cenário eleitoral, como falar-se em separação entre Estado e Igreja, em ausência de relações de dependência e, sobretudo, de aliança entre o Poder Público e as religiões? Não há proibição legal para a eleição de alguém tendo, como plataforma política, seu ativismo religioso ou sua filiação a determinada crença. Assim, a separação entre os negócios do Estado e os da fé ficam seriamente comprometidos, e, destarte, instabiliza-se a própria noção de “Estado laico”. O Poder Legislativo é um dos Poderes da União; se não for o Legislativo laico, como falar-se em Estado laico? (op. cit.)

O raciocínio proposto pela procuradora é cristalino: a existência de partidos políticos que professam nitidamente uma confissão religiosa implica diretamente na possibilidade de eleição de alguns de seus membros, e em sendo eleitos tais representantes, estes necessariamente enxergarão legitimidade para exercer suas funções sob o direcionamento religioso. Haja vista ser o legislativo poder inerente ao Estado, em sendo este poder confessional, passa a ser, necessariamente, também confessional o Estado.

A inexistência de norma que vede a fundação de tais partidos propicia evidentemente sua constituição, o que, para a autora, é reflexo da ineficácia do princípio da laicidade, tornando, deste modo, imperiosa a produção normativa no sentido de adequar o exercício da cidadania por estes grupos. Todavia, tomando por lastro as ponderações de Dias (2008): se não é possível esperar manifestação de parte do legislativo em favor das minorias, pelo

receio à represália, menos ainda se pode esperar uma postura que vá de encontro aos interesses próprios a esta classe.

Posicionamento tão incisivo quanto o de Coutinho (2011) é aquele defendido por Guedes (2010), quando, ao tratar do assédio religioso no Poder Executivo, na seara escolar, assevera ser o ensino religioso fator determinante para propagação do obscurantismo, racismo e discriminação religiosa na sociedade pela via educacional, forjando as escolas públicas como instrumentos à disposição de determinados credos para esmagamento dos demais. Logo, embora admitindo que a promulgação de lei que venha a inibir tal prática não seja a solução infalível para a questão, será, certamente, um caminho para a diminuição das discrepâncias ora existentes, sendo para a autora imprescindível:

Defender a PEC[46], retirar o ER[47] das escolas públicas e trabalhar muito na sociedade como um todo e na formação de professores, em particular, para a construção de uma educação pública de qualidade, multicultural, crítica e laica.

A preocupação da pesquisadora, bem como seu posicionamento rígido em oposição à manutenção do ensino religioso nas escolas públicas, pode parecer num primeiro momento um exagero, porém encontra força quando confrontado com outros dados, como os veiculados pelo portal O Globo, na seção “educação”, em matéria publicada em 23 de março de 2013, com título “Ensino religioso é obrigatório em 49% de escolas públicas, contra lei”, no qual é informado que, segundo dados disponibilizados pelo Ministério da Educação, em “51% dos colégios há o costume de se fazer orações ou cantar músicas religiosas.” E, embora seja determinado pela Lei de Diretrizes e Bases (LDB), legislação especial para educação, a faculdade do aluno em participar ou não das aulas de ensino religioso oferecidas pelas instituições, “49% dos diretores entrevistados admitiram que a presença nas aulas dessa disciplina é obrigatória”, e ainda, que “em 79% das escolas não há atividades alternativas para estudantes

que não queiram assistir às aulas”. Conforme a reportagem; “na maioria das escolas públicas brasileiras, para passar de ano, os alunos têm que rezar. Literalmente.”

Não deveria, isto posto, causar estranheza a ideia de propositura de Projeto de Emenda à Constituição que venha a vedar, definitivamente, esta prática abusiva.

Este entendimento construído por Guedes é partilhado por Huaco[48], quando assevera:

Quando a escola pública se encarrega da doutrinação religiosa dos educadores, e quando o Estado financia centros educacionais particulares religiosos, torna-se relativo o princípio de laicidade e de diversas liberdades públicas, pois se promove desta maneira uma determinada religião. Pressiona-se os alunos não-católicos a violar seu direito de manter sigilo sobre suas convicções religiosas por terem que pedir exoneração do curso de religião católica ensinado de maneira oficial, consagrando um princípio anacrônico: que o Estado é confessional e se permite “tolerar” os cidadãos que não o são, “autorizando-lhes” a exoneração. O ensino religioso do tipo doutrinal resulta em uma clara violação da separação Igreja-Estado. (2008, p.63)

Não resta dúvida de que a presença do ensino religioso nas escolas públicas, em mais da metade destas, no território nacional, desvirtua a figura do Estado laico, tornando-o confessional, como bem destaca o autor.

Em situações como as acima narradas, em que direitos são ameaçados ou lesionados, tem-se como guarida a tutela jurisdicional, que há de proteger os indivíduos dos desmandos que, pela força do arbítrio, possam ocasionar danos à população. Mas o

que dizer quando estes atos de arbítrio e violação emanam diretamente do judiciário, em lugar da cobertura esperada, coadunando com o ilícito quando, em lugar disto, deveria combatê-lo. E aqui não há referencia à manutenção de símbolos religiosos nos tribunais e salas pelo país, questão aqui já suscitada, trata-se propriamente de decisões judiciais, sentenças que reforçam o ataque a laicidade e o fomento à discriminação e à intolerância.

Um caso em especial, recente em nossa jurisprudência, ganhou notoriedade nacional e repercutiu o tema da intolerância religiosa pelos mais diversos prismas, revelando o qão espinhosa é a questão, especialmente no tocante à (ainda obscura), epistemologia da liberdade de expressão. Uma Ação Civil Pública, sob nº 0004747-33.2014.4.02.5101, movida pelo Ministério Público Federal em face da empresa Google Brasil Internet Ltda, tinha por objetivo a retirada de determinado número de vídeos, de autoria de membros da Igreja Universal do Reino de Deus, os quais, segundo a argumentação contida na exordial, disseminam a intolerância e a discriminação contra as religiões de matrizes africanas. A questão em si não é efetivamente algo novo em nosso judiciário. O que de fato causou repulsa e comoção nacional foi a decisão interlocutória proferida pelo Magistrado Eugenio Rosa de Araujo, da 17ª Vara Federal do Rio de Janeiro, que segundo o membro do *parquet* federal agredia, no mínimo duplamente, as religiões de matriz africana, ao desqualificá-las como culto religioso e tratar os atos registrados e divulgados nos vídeos como “exercício regular de liberdade de expressão e reunião”. A decisão, reproduzida na integra nesta produção[49], causou não apenas o repúdio do Ministério Público como de diversos setores da sociedade.

No manejo do Agravo de Instrumento, em sede da desafortunada decisão, o Procurador da República Jaime Mitropoulos argumentou magistralmente pela defesa das reais liberdades de expressão e proteção à integridade das religiões de matriz afro, e pela delimitação dos direitos das demais ao arguir a retirada urgente dos vídeos, que a primeira decisão propõe-se a

manter, além do pleito pela reforma desta. Em dado momento do recurso, alega o Membro do *parquet* o verdadeiro teor da decisão:

Tais conteúdos caracterizam o que a doutrina de um modo geral denomina *hate speech*, discurso do ódio que, no caso dos autos, está baseado essencialmente na intolerância e na discriminação por motivos religiosos. Vale frisar que a comunidade internacional praticamente chegou ao consenso sobre a necessidade de coibir práticas desse tipo, razão pela qual diversos diplomas foram promulgados depois da segunda guerra mundial, mais especificamente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, de modo a instar os países a criarem e utilizarem instrumentos jurídicos para evitar a repetição de atos tão nefastos para a humanidade.

Quando dos pedidos, aduz o Procurador:

Torna-se imperioso, portanto, evitar que os conteúdos continuem propagando e perpetuando danos à dignidade da pessoa humana, à cidadania e aos direitos à honra e à imagem dos cidadãos e grupos humanos que professam as religiões de matrizes africanas, colocando sob grave ameaça, desse modo, um dos objetivos magnos da República Federativa do Brasil, que é construir uma sociedade livre, justa e solidária. [...] Por fim, o Ministério Público Federal requer o provimento do presente agravo de instrumento, com a reforma da r. decisão interlocutória do MM. Juízo *a quo*.

Em 20 de maio de 2014, já após a grande repercussão que teve a decisão interlocutória, pronuncia-se o magistrado, nos autos,

pela reforma do *decisum*; porém, para estarecimento de todos que acompanhavam o caso, modificou o magistrado unicamente a questão relativa ao reconhecimento do culto afro como religião, preservando o que de mais lesivo havia, como se pode observar:

Cumprido esclarecer que a liminar indeferida para a retirada dos vídeos no Google teve como fundamento a liberdade de expressão de uma parte (Igreja Universal) e de reunião e expressão de outra (religiões representadas pelo MPF), tendo sido afirmado que **tais vídeos são de mau gosto, como ficou expressamente assentado na decisão recorrida, porém refletem exercício regular da referida liberdade.**

Fica visto que tais liberdades fundamentais (expressão e reunião) estão sendo plenamente exercidas como manifestação coletiva dos fiéis dos cultos afro-brasileiros.

Destaco que **o forte apoio dado pela mídia e pela sociedade civil, demonstra, por si só, e de forma inquestionável, a crença no culto de tais religiões, daí porque faço a devida adequação argumentativa para registrar a percepção deste Juízo de se tratarem os cultos afro-brasileiros de religiões**, eis que suas liturgias, deidade e texto base são elementos que podem se cristalizar, de forma nem sempre homogênea.

A decisão recorrida, ademais é provisória e, de fato, **inexiste perigo de perecimento das crenças religiosas afro-brasileiras** e a inexistência da fumaça do bom direito diz respeito à liberdade de expressão e não à liberdade de religião ou de culto.

Assim, com acréscimo destes esclarecimentos, mantenho a decisão recorrida em seus demais termos. (grifo nosso)

Afirma o juiz que sua decisão, que reforma estigmas e fortalece preconceitos e intolerância, como perfeitamente fundamenta o Ministério Público, não apresenta quaisquer perigos ao culto, que admite ter sido forçado a reconhecer como religião e, as agressões, registradas no vídeo, são meramente reflexo de um regular exercício de direito.

Quando da leitura, tanto da decisão interlocutória em questão, quando do agravo interposto, resta evidente o discurso de ódio das declara es contidas nos vídeos, e seu apoio pelo magistrado, que ousa valer-se do poder a ele investido para proteger, sob o suposto manto do direito, a capacidade vil de tentativa de extermínio de tudo o que se considera como diferente.

Várias são os argumentos levantados pelo *parquet* na defesa daqueles direitos, mas aqui não serão expostos, pois o que importa a estas discussões,   o evidente uso da máquina estatal, investida na “canetada” daquele magistrado (como colocou o procurador), o qual, ao decidir, expressa unicamente suas crenças mais indiferentes, mesquinhas e pessoais, num imensurável distanciamento dos preceitos constitucionais.

Enquanto segue a controvérsia e digladiam-se magistrados, advogados, defensores públicos, promotores e procuradores, na defesa de seus pontos de vista, ora se distanciando, ora se aproximando do ideal laico, certo entendimento, proferido no maior Tribunal desta na o, contido em voto que sequer tratava diretamente da matéria, provavelmente reflete o que de mais preciso poderia ser dito e entendido sobre a questão da laicidade do Estado.

Em abril de 2005, foi levado ao plenário do STF a ADPF[50] 54, que versava acerca do aborto de fetos anencéfalos. A a o tinha como relator o Ministro Marco Aurélio, e fora arguida

pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, contra lesão aos preceitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, saúde, liberdade, autonomia da vontade e legalidade, perpetrada pela interpretação dos artigos 124, 126 e 128, I e II do Código Penal. A questão central girava em torno da interrupção da gravidez nos casos de feto anencéfalo, o que até então era enquadrado nos artigos acima mencionados, configurando crime para a gestante que procedia de tal forma, e abrangendo também a equipe médica que a auxiliava. O requerimento central da ação era o reconhecimento do direito subjetivo da gestante em proceder a antecipação terapêutica do parto no caso de detectada a anencefalia do feto, sem necessidade de autorização judicial ou de qualquer outra forma de permissão específica do Estado e, obviamente, sem a configuração de ilícito penal.

Grande celeuma se deu em razão do tema, despertando interesse de vários setores da sociedade, em especial dos religiosos, que defendiam o direito à vida do feto, que segundo eles estaria sumariamente ameaçada com a permissão judicial do procedimento e afastamento do ilícito. As dúvidas que se ergueram naquele momento pairavam sobre a real situação do feto anencéfalo, científica e jurídica, se para ele havia ou não a efetiva perspectiva de vida com a formação cerebral. Logo, o que deveria ser uma avaliação técnico-científica que embasaria uma decisão igualmente técnica, do poder judiciário, sobre a subsunção normativa passou a ser um sem número de questionamentos, indagações e afirmações de cunho religioso, sobretudo cristão, acerca da opinião divina sobre o tema.

O objetivo deste trabalho não é tratar da anencefalia, ou dos desdobramentos da APPF 54, mas um ponto em especial deve ser aqui levantando e este sim, interessa sobremaneira a estes estudos.

O relator, Ministro Marco Aurélio, quando da prolação de seu voto, inicia com uma peculiar citação que faz alusão à qualidade inata das sociedades de estarem continuamente em processo de

mudança. A citação em questão seria absolutamente normal, não fosse o fato de ser a voz do Padre Antônio Vieira, utilizada ali como parâmetro para discorrer, logo em seguida, uma das mais coesas explicações sobre a necessária separação entre Estado e Igreja. Parte do discurso[51], que integra seu voto sobre a matéria relativa ao aborto anencéfalo, interessa sobremaneira à este estudo e portanto, aqui será reproduzido para apreciação:

Na mesma linha, andou o Constituinte de 1988, que, sensível à importância do tema, dedicou-lhe os artigos 5º, inciso VI, e 19, inciso I, embora, àquela altura, já estivesse arraigada na tradição brasileira a separação entre Igreja e Estado. Nos debates havidos na Assembleia Nacional Constituinte, o Presidente da Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, Antônio Mariz, enfatizou; **“o fato de a separação entre Igreja e Estado estar hoje incorporada aos valores comuns à nacionalidade, não é suficiente para eliminar do texto constitucional o princípio que a expressa”**. Nesse contexto, a Constituição de 1988 consagra não apenas a liberdade religiosa – inciso VI do artigo 5º –, como também o caráter laico do Estado – inciso I do artigo 19. [...] Pois bem, Senhor Presidente, não obstante tais dispositivos, o preâmbulo da atual Carta alude expressamente à religião cristã. Eis o teor: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e

comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” No entender de Pinto Ferreira, “(...) o preâmbulo é parte integrante da Constituição e tem a sua significação política, como uma reprodução altamente clara do conteúdo da Constituição em forma popular”¹⁶. Antes, João Barbalho anotara não ser o preâmbulo “(...) uma peça inútil ou de mero ornato na construção dela [Constituição]; as simples palavras que o constituem resumem e proclamam o pensamento primordial e os intuitos dos que a arquitetaram”. A despeito de tais opiniões, essa não foi a posição abraçada por este Supremo quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076/AC, da relatoria do Ministro Carlos Velloso. Na ocasião, o Tribunal explicitou que a menção a Deus carece de força normativa, conforme se depreende da ementa [...] Naquela assentada, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence asseverou que a “locução ‘**sob a proteção de Deus**’ não é norma jurídica, até porque não se teria a pretensão de criar obrigações para a divindade invocada. Ela é uma afirmação de fato jactanciosa e pretenciosa, talvez – de que a divindade estivesse preocupada com a Constituição do país”. Conclui-se que, a despeito do preâmbulo, **destituído de força normativa – e não poderia ser diferente, especialmente no tocante à proteção divina, a qual jamais poderia ser judicialmente exigida –**, o Brasil é um Estado secular tolerante, em razão dos

artigos 19, inciso I, e 5º, inciso VI, da Constituição da República. **Deuses e césores têm espaços apartados. O Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro.** “Merece observação a temática afeta aos crucifixos e a outros símbolos religiosos nas dependências públicas. A discussão voltou à balha com a recente decisão do Conselho Superior da Magistratura do Estado do Rio Grande do Sul no sentido da retirada dos símbolos religiosos dos espaços públicos dos prédios da Justiça estadual gaúcha. **Ao contrário dos tempos imperiais, hoje, reafirmo, a República Federativa do Brasil não é um Estado religioso tolerante com minorias religiosas e com ateus, mas um Estado secular tolerante com as religiões, o que o impede de transmitir a mensagem de que apoia ou reprova qualquer delas.**” Há mais. Causa perplexidade a expressão “Deus seja louvado” contida nas cédulas de R\$ 2,00, R\$ 5,00, R\$ 10,00, R\$ 20,00, R\$ 50,00 e R\$ 100,00, inclusive nas notas novas de R\$ 50,00 e R\$ 100,00, essas últimas em circulação a partir de 13 de dezembro de 2010. Em princípio, poder-se-ia cogitar de resquício da colonização portuguesa, quando era comum a emissão de moedas com legendas religiosas, ou de prática advinda do período imperial. Diligência junto ao Banco Central, no entanto, revelou que **o Conselho Monetário Nacional – CMN, ao aprovar as características gerais das cédulas de Cruzados e de Cruzeiros, recomendou, de acordo com orientação da Presidência da República, que nelas fosse inscrita a citada locução.** Nas cédulas de Cruzados, começou,

então, a ser utilizada inclusive naquelas que tiveram a legenda adaptada: Cz\$ 10,00 (Rui Barbosa), Cz\$ 50,00 (Oswaldo Cruz) e Cz\$ 100,00 (Juscelino Kubitschek) – Voto CMN 166/86, Sessão 468, de 26 de junho de 1986. Quando voltou a vigorar o padrão Cruzeiro (1990), foi suprimida no início, inclusive nas que tiveram a legenda adaptada: Cr\$ 100,00 (Cecília Meireles), Cr\$ 200,00 (República) e Cr\$ 500,00 (Ruschi). **Voltou a ser usada a partir da cédula de Cr\$ 50.000,00 (Câmara Cascudo), em 1992, com base no Voto CMN 129/91 – Sessão 525, de 31 de julho de 1991.** No início do padrão Real, foi retirada, mas retornou, após a emissão de algumas séries, em observância ao pedido do Ministro da Fazenda (Aviso nº 395, de 30 de março de 1994, do Ministério da Fazenda, Voto BCB/221, Sessão 1.577, de 8 de junho de 1994, Comunicado MECIR 4.050, de 20 de julho de 1994). **Vê-se, assim, que, olvidada a separação Estado-Igreja, implementou-se algo contrário ao texto constitucional. A toda evidência, o fato discrepa da postura de neutralidade que o Estado deve adotar quanto às questões religiosas.** Embora não signifique alusão a uma religião específica, “Deus seja louvado” passa a mensagem clara de que o Estado ao menos apoia um leque de religiões – aquelas que creem na existência de Deus, aliás, um só deus, e o veneram –, **o que não se coaduna com a neutralidade que há de ditar os atos estatais, por força dos mencionados artigos 5º, inciso VI, e 19, inciso I, da Constituição da República.** Desses dispositivos resulta, entre outras consequências, a proibição de o Estado endossar ou rechaçar

qualquer corrente confessional. Consigno, para efeito de documentação, que ao término de 2011, o Ministério Público intercedeu objetivando esclarecimentos sobre a matéria. Porém, não houve, até aqui, desdobramento sob o ângulo da efetiva impugnação. **A laicidade estatal, como bem observa Daniel Sarmiento, revela-se princípio que atua de modo duplice: a um só tempo, salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenção abusiva do Estado nas respectivas questões internas – por exemplo, valores e doutrinas professados, a maneira de cultuá-los, a organização institucional, os processos de tomada de decisões, a forma e o critério de seleção dos sacerdotes e membros – e protege o Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa, de modo a afastar a prejudicial confusão entre o poder secular e democrático – no qual estão investidas as autoridades públicas – e qualquer igreja ou culto, inclusive majoritário.** Analisando o tema sob o primeiro ângulo, que garante a não intervenção estatal no âmbito religioso, este Tribunal, em meados da década de 50, consignou competir exclusivamente à autoridade eclesiástica resolver sobre normas da confissão religiosa. Nas palavras do relator do Recurso Extraordinário nº 31.179/DF, Ministro Hahnemann Guimarães, então ocupante desta cadeira e Professor da Nacional de Direito: “[A] autoridade temporal não pode decidir questão espiritual, surgida entre autoridade eclesiástica e uma associação religiosa. Esta impossibilidade resulta da completa liberdade espiritual, princípio

de política republicana, que conduziu à separação entre a Igreja e o Estado, por memorável influência positivista, de que foi órgão Demétrio Ribeiro, com o projeto apresentado ao Governo Provisório em 9 de Dezembro de 1889”. **Se, de um lado, a Constituição, ao consagrar a laicidade, impede que o Estado intervenha em assuntos religiosos, seja como árbitro, seja como censor, seja como defensor, de outro, a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes, quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais,** devendo ficar circunscritas à esfera privada. A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. **Paixões religiosas de toda ordem não de ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará,** ante a ausência de respeito àqueles que não professem o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 – na qual se debateu a possibilidade de realização de pesquisas científicas com células-tronco embrionárias –, o Supremo, a uma só voz, primou pela laicidade do Estado sob tal ângulo,

assentada em que o decano do Tribunal, Ministro Celso de Mello, enfatizou de forma precisa: **“nesta República laica, fundada em bases democráticas, o Direito não se submete à religião, e as autoridades incumbidas de aplicá-lo devem despojar-se de pré-compreensões em matéria confessional, em ordem a não fazer repercutir, sobre o processo de poder, quando no exercício de suas funções (qualquer que seja o domínio de sua incidência), as suas próprias convicções religiosas (grifos no original).”** Ao Estado brasileiro é terminantemente vedado promover qualquer religião. Todavia, como se vê, as garantias do Estado secular e da liberdade religiosa não param aí – são mais extensas. **Além de impor postura de distanciamento quanto à religião, impedem que o Estado endosse concepções morais religiosas,** vindo a coagir, ainda que indiretamente, os cidadãos a observá-las. Não se cuida apenas de ser tolerante com os adeptos de diferentes credos pacíficos e com aqueles que não professam fé alguma. Não se cuida apenas de assegurar a todos a liberdade de frequentar esse ou aquele culto ou seita ou ainda de rejeitar todos eles. A liberdade religiosa e o Estado laico representam mais do que isso. Significam que **as religiões não guiarão o tratamento estatal dispensado a outros direitos fundamentais, tais como o direito à autodeterminação, o direito à saúde física e mental, o direito à privacidade, o direito à liberdade de expressão, o direito à liberdade de orientação sexual e o direito à liberdade**

no campo da reprodução. A questão posta neste processo – inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencéfalo – não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas. Essa premissa é essencial à análise da controvérsia. Isso não quer dizer, porém, que a oitiva de entidades religiosas tenha sido em vão. Como bem enfatizado no parecer da Procuradoria Geral da República relativamente ao mérito desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, “numa democracia, não é legítimo excluir qualquer ator da arena de definição do sentido da Constituição. Contudo, **para tornarem-se aceitáveis no debate jurídico, os argumentos provenientes dos grupos religiosos devem ser devidamente ‘traduzidos’ em termos de razões públicas**” (folhas 1026 e 1027), **ou seja, os argumentos devem ser expostos em termos cuja adesão independa dessa ou daquela crença.** (grifo nosso)

A precisa abordagem do relator sobre a laicidade estatal, utilizada como premissa para a discussão sobre o aborto de anencéfalo, merece aqui destaque.

Nove páginas foram utilizadas no voto original para tratar o tema da laicidade, que serve como premissa para a abordagem principal. Inicia tratando da natureza não normativa da citação de “deus” no preâmbulo constitucional, adianta-se para tratar da natureza não laicista do Estado, que, em sendo, corroboraria para agressões contra credos que professem o fator divino, devendo este Estado manter-se neutro, tratando religiosos e não religiosos de igual modo, a partir do prisma de estarem todos manifestando seu direito a livre expressão e crença. Cita, brevemente, sem contudo

dar o devido desfecho, as questões, aqui já levantadas, sobre a ostentação de crucifixos nos tribunais^[52] seguindo para o uso da expressão “deus seja louvado” nas cédulas monetárias nacionais. Questiona-se se não haveria de ser um resquício do período imperial, mas sana tal dúvida quando menciona decisões do Conselho Monetário Nacional (CMN) que determinaram, já no período democrático brasileiro, a manutenção de tais expressões, o que segundo o relator configura atentado direto à laicidade do Estado. Prossegue citando Sarmento, ao destacar a dúplice incidência do princípio da laicidade, tema também já abordado nesta produção, dando necessário destaque para a vedação à presença de conteúdo religioso nos atos estatais, de modo que a moralidade religiosa, mesmo que da maioria da população, deve ser afastada quando do norteamamento dos atos estatais, sob pena de estarem comprometidas a democracia laica e as liberdades religiosas.

Finalmente, conclui a assentada acerca da laicidade dizendo que, os argumentos oriundos dos setores religiosos devem ser considerados, mesmo porque dado o caráter democrático não poderia ser diferente. No entanto, para que sejam válidos, precisam obedecer critérios que coadunem com as razões públicas, que tenham lastro na racionalidade, de modo a serem aceitáveis por quaisquer cidadãos, religiosos ou não, do contrário estar-se-ia diante de argumento puramente religioso e por isso irrelevante à análise jurídica procedida pelo Estado. Conclui assim sua fala, com a exaltação indireta ao caráter secular do Estado.

Naquela ocasião, o Tribunal julgou cabível a ADPF para fins de interpretação conforme a constituição, de texto legal pré-constitucional. Todavia, cabe destacar que o posicionamento do Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF, sobre os argumentos pertinentes à laicidade não foram unanimemente acatados, e cabe dizer que certos argumentos que recorriam a critérios e moralidade religiosos foram, inclusive, evocados nos votos de outros Ministros.

Vislumbra-se assim inequívoca crise no Estado Democrático, que devendo ser laico, dirige-se cada vez mais

nitidamente ao firmamento de alianças, ideológicas e factuais, entre aqueles que representam o Estado no exercício dos Poderes, e indo além, quando embaraçam o exercício de crenças que não lhe sejam simpáticas, impondo o constrangimento e a mitigação de direitos àqueles que não comunguem da mesma posição, crise esta denunciada nos vários exemplos elencados aqui, que revelam uma marcha silenciosa e perigosa de usurpações do Estado por segmentos isolados da sociedade, numa tentativa de instrumentalização em prol de interesses específicos, de controle e manipulação social, sequestrando os indivíduos de seu direito de livre manifestação de crença.

Ari Pedro Oro, Doutor e Professor do Departamento de Antropologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em seu artigo intitulado “A laicidade na América Latina: uma apreciação antropológica”[53], aponta as ameaças à laicidade como obstáculo ao exercício da democracia, e ao citar Blancarte anuncia a crise do Estado:

Roberto Blancarte, por seu turno, percebe na atualidade, por outro viés, ‘uma re-colonização confessional da esfera pública’, ou uma ‘crise da laicidade’, na medida em que ‘as instituições políticas que em seu conjunto configuram o Estado [...] voltam-se novamente e cada vez mais à religião como elemento de legitimação e de integração social (2008, p.92)

Esta perigosa relação que se constrói entre Estado e religião, intitulada por Blancarte como “re-colonização”, como menciona Oro, é o cerne daquilo que pode-se aceitar como “crise da laicidade”, crise do próprio Estado, vislumbrada pelo autor como uma resistência em aceitar o direito dos diferentes e tentativa em impor esta perspectiva por meio do braço estatal, como aduz Blancarte (2013, p.64):

Pero fue em buena medida una respuesta a una jerarquia religiosa y a sectores muy conservadores de la sociedade, que se negaron, como se niegan todavia, a aceptar una gestión democrática, basada en la voluntad popular y en particular de las minorias. Son los mismos que pretenden todavia privilégios, pero sobre todo, que aspiran a una gestión desde la visión religiosa, de una perspectiva doctrinal específica, de la cosa pública[54].

Ao tratar da crise, aponta Blancarte, com absoluta propriedade, para um cenário de segmento bastante específico da sociedade mexicana, sobre a qual se debruça para constituir seu estudo, a qual insiste em buscar no Estado um conjunto de privilégios e uma legitimação para o ataque a minorias e ideias que lhes são contrárias, de modo que, conforme aponta o autor, é imperiosa para a sobrevivência deste Estado uma resposta firme e clara, no sentido de estabelecer os limites do exercício da liberdade religiosa, por parte destes que pretendem macular o exercício Estatal, em prol de interesse próprio.

Esta marcha, esta re-colonização, é observável não apenas no México analisado por Blancarte, mas nitidamente como um fenômeno vivenciado na contemporaneidade em diversos países do mundo ocidental, como uma busca pela reinserção do fator religioso na legitimação da sociedade, o que, fatidicamente, experimenta também o Brasil.

A legitimidade Estatal que deveria fundar-se no interesse democrático, nos ideais comuns a toda a sociedade, passa, gradativa e silenciosamente, a encontrar eco nas vozes religiosas, o que evidentemente não coaduna com o ideal de liberdades e laicidade, como elucida Coutinho (2011):

Num Estado laico, todo poder emana da vontade do ser humano. E não da ideia que se

tenha sobre a vontade dos deuses ou dos sacerdotes. Se o poder emana do ser humano, o direito do Estado também dele emana e em seu nome há de ser exercido.

Seguindo a construção de Coutinho e Blancarte, poder-se-ia questionar que espécie de legitimidade haveria de gozar este Estado que aceita silente essa marcha religiosa que lhe afronta diretamente as bases e esmaga tantos direitos. Tal crise institucional[55] é ilustrada pelo sistemático uso da máquina estatal, através de seus três poderes, quando do implemento de condutas que ferem os ideais laicos e democráticos, e que preconizam claramente interesses particulares, confissões religiosas determinadas, numa flagrante postura de assédio religioso, que avança em direção às garantias fundamentais, num gradativo e alarmante processo.

3.5 COSTUME CONTRA LEGEM

A disposição constitucional que separa Estado e Igreja é instituída no ordenamento vigente, mas efetivamente nunca houve um Estado Laico Brasileiro. A herança católica perdurou na cultura na tradição popular, nunca questionada pela igualmente herdada subserviência das minorias, daqueles poucos que embora guardando para si um culto diverso da maioria, e amparados pela lei, não o podiam externar pela opressão certa e insuportável que seguiria daquela maioria. Assim, embora tenha o Estado tentado acompanhar o passo das demais nações que nasciam laicas, separadas e para tanto reconhecendo e instituindo legalmente a separação, não se preocupou muito embora em efetivá-la, mantendo o costume, o privilégio de alguns contra tantos outros que continuavam à margem da sociedade de direitos. Persiste, destarte, a cultura teocrática, e não apenas na sociedade que propaga abertamente atos de discriminação fundados na religião, mas também nos setores estatais, nos tribunais cujas paredes são adornadas pelos símbolos cristãos e as decisões perpassadas pelos dogmas dessa mesma crença, guiando a sociedade e

tentando mantê-la sob o julgo de uma moralidade que não assiste a todos, a despeito de tantas outras diretrizes igualmente válidas, por vezes até mais coerentes com os ideais estatais.

No legislativo, tal percepção advém da mora em instituir e regulamentar aqueles direitos “biblicamente desaconselháveis” para aqueles que até os dias de hoje são considerados pelo estado como blasfemos, indignos, heréticos, termos estes replicados com frequência nas tribunas legislativas da nação[56], ou mesmo na peleja das bancadas contra a conquista de direitos de determinadas minorias, como homossexuais e adeptos da cultura e culto afro, numa descarada luta em prol de sua extinção.

É notória a confusão entre interesses privados, que eivam os atos dos agentes que manifestam o agir deste Estado, e o interesse público, que deveria, em tese, materializar a laicidade e assegurar direitos e garantias fundamentais. De fato a laicidade, enquanto norma, enquanto princípio constitucional, nunca foi capaz de produzir efeitos jurídicos no seio social, separando efetivamente o Estado da religião, isto porque o costume que exista antes da instituição desta separação persistiu, arrastou-se pelos séculos e hoje ganha cada vez mais força.

Certamente o costume deve orientar o Direito. Muitas vezes ele mesmo é sua matriz, quando a sociedade, por meio de representantes, legítima e constitucionalmente dirigidos, endossa as práticas sociais reconhecidas pontualmente, tornando-as normas abstratas, cogentes e gerais. Não é o caso do estudo em tela.

Ferraz Jr. ao enfrentar o tema aponta que:

A doutrina discute o costume, procurando estabelecer-lhe a origem dessa força compulsória, falando, em geral, em dois requisitos: o uso continuado e a convicção da obrigatoriedade (opinio necessitatis sive obligationis), com o que quer distinguir o simples uso do costume. (2008, p. 207)

Tratando a questão, aponta o celebrado doutrinador que embora dotado da noção de obrigatoriedade e mesmo sendo notório seu uso continuado, quando contrariando a lei, o costume deve ser rejeitado e combatido pelo sistema jurídico, para que este se imponha e faça valer suas diretrizes. Nesta direção também caminha Maria Helena Diniz:

O costume *contra legem* é aquele que se forma em sentido contrário ao da lei. Seria o caso do *consuetudo abrogatória*, implicitamente revogatória das disposições legais, ou da *desuetudo*, que produz a não aplicação da lei, em virtude de desuso, uma vez que a norma legal passa a ser letra morta. (2010, p.320)

Deveria ser alarmante a ideia de que a laicidade passasse a ser considerada como letra morta, pelo desuso ou pior, por nunca ter sido plenamente eficaz, haja vista os inescusáveis vestígios percebidos e por vezes celebrados, nos três poderes e por toda a sociedade civil, porquanto deve ser combatido. A esse respeito ensina Secco (2007), quando trata desta espécie de costume, determinando que “o costume *contra legem*, por se opor à lei, não é admitido no direito brasileiro”. Não devem então, as práticas que atentem contra a laicidade ser toleradas em nossa sociedade, especialmente, quando observadas as colocações de Ferraz Jr., sobre o combate a esta modalidade de costume:

A doutrina discute o costume, procurando estabelecer-lhe a origem dessa força compulsória, falando, em geral, em dois requisitos: o uso continuado e a convicção da obrigatoriedade (*opinio necessitatis sive obligationis*), com o que quer distinguir o simples uso do costume. (2008, p. 207).

Não deve ser desprezada a força e os reflexos que esta prática reiterada opera no corpo social. Não dificilmente pode-se

observar os reflexos nocivos do pensamento anti-laico, disseminando ideias e atos que se desdobram nos mais diversos ataques aos indivíduos e grupos que não professam do ideal e a crença da maioria.

Então, o que haveria de ser dito sobre este Estado, que em lugar de estabelecer os marcos para combate deste costume, o replica, propaga e incentiva, ferindo sua própria lei fundamental e obviamente, direitos e garantias, existentes e ainda não regulados, de milhares de cidadãos?

4. ENFRAQUECIMENTO DEMOCRÁTICO ANTE O POSICIONAMENTO ANTILAICO ESTATAL

O atual Estado Brasileiro, edificado por meio da Constituição de 1988, elegeu a democracia como regime de aquisição e manutenção do poder. Isso extrai-se da leitura de seu artigo inaugural, e mais especificamente de seu parágrafo único, *in verbis*:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. **Todo o poder emana do povo**, que o exerce por meio de representantes

eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988) (grifo nosso)

Andou muito bem o legislador constituinte ao classificar expressamente o Estado Brasileiro como “Democrático de Direito”, e ao expressar em seu parágrafo único que este poder que o rege emanaria do povo. Nesta senda, para que se fale em estado Democrático é imperioso, antes de mais nada, que todo poder emane efetivamente do povo, de modo a promover a proteção e garantia dos direitos fundamentais. Todavia, não basta a simples disposição normativa para que sejam eficazes as suas disposições, e a mera existência de outras leis que imponham sua observância igualmente fracassam quando não há o mínimo esperado de um Estado cujo regime democrático é efetivo: a atuação popular.

4.1 CONCEITO E FUNÇÃO DA DEMOCRACIA

Assim como o Estado e suas leis não são auto-implementáveis pela mera normatização, não são totalmente claros os conceitos que são imprescindíveis à sua instrumentalização, como o de democracia por exemplo.

Não há um consenso entre pensadores e doutrinadores sobre o que efetivamente venha a ser a democracia e, embora muito se tenha sido dito, desde a antiguidade clássica grega até dias mais recentes, não se pode atestar que um conceito unívoco tenha sido alcançado, restando tão somente as impressões mais lúcidas possíveis.

Segundo Kelsen (2000, p.25) a “democracia é a palavra de ordem que, nos séculos XIX e XX, domina quase universalmente aos espíritos; mas exatamente por isso, ela perde, como qualquer palavra de ordem, o sentido que lhe seria próprio”.

Tem-se em Kelsen a democracia não como um conceito autônomo, mas algo que serve a outros propósitos, tal qual uma “palavra de ordem” que guia determinadas condutas ou ideais em direção à outra coisa; desta forma não se tem, em Kelsen, um

conceito independente do que viria a ser este ponto basilar do Estado. Já para Alexandrino e Paulo (2010, p.32) a democracia é propriamente o conteúdo do regime de governo que se é adotado em alguns países do mundo e no Brasil:

O *caput* do art. 1.º da Constituição afirma que o Brasil "constitui-se em Estado Democrático de Direito". Modernamente, a concepção de "Estado de Direito" é indissociável do conceito de "Estado Democrático", o que faz com que a expressão "Estado Democrático de Direito" traduza a idéia (sic) de um Estado em que todas as pessoas e todos os poderes estão sujeitos ao império da lei e do Direito e no qual os poderes públicos sejam exercidos por representantes do povo visando a assegurar a todos uma igualdade material (condições materiais mínimas necessárias a uma existência digna).

Como muito bem pontuam os autores, atualmente não se pode dissociar a ideia de Estado regido pelas leis, e daí deduz-se a ideia de legitimidade deste Estado, da participação do povo para qual se dirigem tais leis. Disto mesmo extrai-se a ideia de democracia, um tanto quanto próxima ao proposto por Kelsen, ao compreendê-la como método para alcance de um fim, qual seja o de implemento deste Estado.

Bobbio, em sua obra "O futuro da democracia, uma defesa das regras do jogo", defende aquilo que acredita ser uma definição mínima de democracia, sintetizada nas seguintes palavras:

Afirmo preliminarmente que o único modo de se chegar a um acordo quando se fala de democracia, entendida como contraposta a todas as formas de governo autocrático, é o de considerá-la caracterizada por conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que

estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*. (1986, p.17)

Defende Bobbio ser a democracia aquele conjunto de regras que esclarece por quem e como será exercido o poder em um determinado agrupamento. Obviamente, segundo o autor, leva-se em conta para extração deste “quem” e “como” todos os indivíduos do agrupamento, de outro modo não se estaria fazendo referencia ao governo de “todos para todos”.

Portanto, embora não se chegando a um único conceito exauriente do termo, pode-se entender a democracia como o regime pelo qual o povo, por meio de regras pré-concebidas, participa das decisões que afetam a todos, sendo a “democracia [...] um meio e não um fim do Estado, [pois] o grande fim do Estado é servir a pessoa humana” (OLIVEIRA, 2009, p. 18). Desta forma, o Estado que deve promover e proteger seus fundamentos (quais sejam a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político), deve fazê-lo por meio de todo o arcabouço legal que emana da Constituição que funda este Estado, e procederá nesse intuito por meio da participação de todo o povo, quando da escolha de seus representantes, que agiram em prol da coletividade.

Nestes termos, serve a democracia não apenas como meio ao Estado para implemento normativo, como também forma eficaz de acompanhamento e controle, a serviço do povo, da forma como procede este Estado na promoção de sua razão primeira, que é a promoção do bem comum, revelada nos termos da Constituição. Assim, a democracia é aquele vetor pelo qual o povo, continuamente, busca a efetivação de todas as promessas esculpidas na Constituição que funda aquele pacto social conhecido como Estado. Por ela, democracia, almeja-se que todos possam de alguma forma, direta ou indiretamente, decidir, participar, conforme as regras do jogo^[57] do andamento deste fenômeno que é o próprio Estado.

Ora, se a democracia deve ser encarada como fenômeno social de participação, construção, alteração e manutenção do corpo social pelo próprio corpo social, não pode ser encarada como algo estanque, ou determinada fora do campo de interação dos indivíduos, ou mesmo algo percebido *a priori*, e que possa ser contemplada concluída, finalizada pro aquele que deseja experimenta-la. Somente se pode falar do fenômeno democrático *a posteriori*, depois que este se deu e ainda assim não de forma plena, mas tão somente o fragmento que se pôde experimentar, aquela parte do processo que se pôde construir, aqueles estágios já vivenciados, haja vista ser contínua a sua manifestação. Por isso pode-se dizer da democracia como fenômeno social continuado, experimentado por todos os indivíduos que participam este corpo de interações possíveis.

Da afirmação há pouco dita, sabe-se ser apenas uma possibilidade e não uma realidade. Não se pode admitir como realidade pois não se sabe, com precisão, se no futuro que há de vir, participarão todos os indivíduos plenamente do fluxo democrático, por não serem obrigados a isso ou por não saberem efetivamente como fazê-lo.

Logo, a democracia, por não ser obrigatória[58], não dispõe de garantias suficientes para que todos possam efetivamente dela participar[59], e assim sendo, em não havendo a participação e todos, resta flagrante a possibilidade de não ser, essencialmente, democracia aquilo que se manifesta pretensiosamente como tal.

Bobbio (1986, p.86) dedica parte de seu discurso[60] a discutir acerca do que pode ser considerado como fracasso democrático:

Ocupei-me dos “paradoxos” da democracia, isto é, **das dificuldades objetivas em que se encontra uma correta aplicação do método democrático exatamente nas sociedades em que continua a crescer a exigência de**

democracia. Para quem considera a democracia como o ideal do “bom governo” (no sentido clássico da palavra, ou seja, no sentido de que ela está melhor capacitada do que qualquer outro para realizar o bem comum), outro tema objeto de contínuo debate é o que se poderia chamar de os “**insucessos da democracia.** Grande parte do que hoje se escreve sobre a democracia pode ser incluído na denuncia, ora amargurada ora triunfante, destes insucessos. (grifo nosso)

Embora dedique-se o autor a tratar sobre diversas questões que julga serem as causas deste fracasso da democracia, dentre elas destaca-se uma que se julga essencial para a abordagem que ora se constrói. Bobbio aponta, como obstáculo à aplicação do método democrático, o próprio desconhecimento, do povo, sobre o fenômeno democrático, suas implicações e formas de integração:

Durante séculos, de Platão a Hegel, a democracia foi condenada como forma de governo má em si mesma, **por ser o governo do povo e o povo, degradado a massa, a multidão, a plebe, não estar em condições de governar:** o rebanho precisa do pastor, a chusma do timoneiro, o filho pequeno do pai, os órgãos do corpo da cabeça, para recordar algumas das metáforas tradicionais. **Desde quando a democracia foi elevada à condição de melhor forma de governo possível** (ou da menos má), o ponto de vista a partir do qual os regimes democráticos passaram a ser avaliados **é o das promessas não cumpridas.** (BOBBIO, 1986, p. 104) (grifos nossos)

Para o autor, fracassa a democracia por não ser apto o povo que deve dirigi-la, delegando a pequenas minorias o poder de

decisão. Todavia, quando o todo não integra o rol de cientes do processo, não se tem efetivamente o regime democrático em exercício e sim qualquer outro regime[61], vez que “as democracias carecem de viabilidade se os seus cidadãos não a compreenderem” (SARTORI apud FERREIRA, p.4).

Bobbio (1986) desenvolve com perfeição a ideia do fracasso quando trata do poder invisível que perpassa todo o regime democrático, aproveita-se da não participação, e se beneficia com isso, na tentativa de tentar manter o quadro exatamente como está, chamando-o de plena participação social, democrático, quando na verdade se tem a grande massa alheia aos processos e seus efeitos. Exemplifica com perfeição sua colocação ao usar metáforas como “rebanho e pastor”, “chusma e timoneiro”, “filho e pai”, “órgãos e cabeça”.

A partir destas premissas discorre Bobbio (1986) sobre as promessas não cumpridas da democracia (dentre elas a própria participação de todos), que apontam para o fracasso deste sistema por não prover meios suficientes para assegurar que todos possam livremente, participar do processo de tomada das decisões que afetam a vida dos que integram este Estado.

Estaria, assim fracassado o governo de todos, quando de fato não há participação de todos.

A despeito das sábias colocações do ilustre filósofo e político italiano, não se poderia supor fracassada e impossível de realização a democracia, pelo fato de não ter ainda sido realizada. Tal raciocínio seria tão equivocado quanto deduzir ser inviável a igualdade por restarem ainda manifestas incontáveis situações de desigualdade entre os indivíduos de um mesmo grupo.

Resta evidente um paradoxo conceitual, como perfeitamente coloca Bobbio (1986), porém facilmente superado quando percebida a democracia como fenômeno continuado, que ainda está sendo vivenciado pelos indivíduos, e não como algo

previamente construído ou findo, suscetível de uma suposta análise conclusiva.

Quando participa tão somente parcela da população, mesmo quando observado movimento de esmagamento ou mitigação de direitos direcionado a outros grupos, não se vislumbra, concomitantemente, vedada à parcela vitimada, a luta pelo direito violado. Do contrário, propicia a democracia o embate, o que certamente não existe em outros regimes. Padece certamente a democracia pela ignorância de muitos, que integrando o todo deixam de movê-la. no entanto este paradoxo, o da inércia participativa, jamais poderia ser compreendido como causa de seu fim, e sim razão para seu fomento.

4.2 LAICIDADE FICTA

Os resquícios históricos dos outros Brasis, esculpidos nas antigas constituições, persistem em emanar seus efeitos e ranços até os dias atuais, numa cultura religiosa que insiste em criar um Estado à imagem e semelhança de seus ideais.

Mas esta não é a única cultura que resiste ao tempo, oriunda de outros períodos históricos: persiste também a cultura dos cidadãos de segunda, terceira, quarta categorias, daqueles indivíduos que ao terem suas liberdades cerceadas encolhem-se e calam-se, recolhendo-se em suas amputações sociais, como se ainda estivessem a viver no Brasil Império, em que havia a religião oficial e a tolerância de existência a todas as demais. Resiste a ideia de superioridade de determinados credos em detrimento de outros, num flagrante atentado ao direito de liberdade de crença, de liberdade de expressão e de isonomia. Arrastam-se os Brasis de outrora numa afronta à Constituição, quando indivíduos representando o poder público exaltam sua crença acima das demais e constroem os outros a permanecerem condenados ao silêncio. Certamente o costume, embora contrariando a lei maior, tem-se imposto, por diversas vezes, numa cultura de massacre e

opressão que em nada coaduna com o ideal de isonomia ou laicidade.

Há, portanto uma determinação constitucional, clara e inequívoca, para separação do Estado e Igreja, instrução esta que resta ineficaz por ser continuamente ignorada por indivíduos que representam o poder público e por órgãos estatais, evidenciando uma laicidade que jamais fora implementada, haja vista ter permanecido o país, desde a sua fundação, arraigado ao costume do credo como legitimador moral, cultural e legal.

Resta então, ficta, a laicidade do Estado.

4.3 A URGENTE IMPOSIÇÃO DA EFICÁCIA DA LAICIDADE ESTATAL COMO MÉTODO DE PROMOÇÃO DA DEMOCRACIA, LIBERDADE PLENA DE EXPRESSÃO RELIGIOSA E IGUALDADE

Quando falha o Estado, dirigindo-se a privilegiar esta ou aquela manifestação religiosa, por meio de atos eivados de inconstitucionalidade, falha em sua obrigação de equidistanciamento, falha em sua natureza laica, enfraquecendo a democracia ao fomentar o silenciamento daqueles não se enxergam amparados em igualdade de condições e direitos.

No entanto, restam protegidas e asseguradas no texto constitucional as liberdades, daqueles prejudicados, carecendo tão somente de uma ação positiva de defesa, de luta pela eficácia daquilo que se pretende diminuir, pelos atos atentatórios à laicidade.

Quando o ato que atenta contra a liberdade de religião, mitigando-a, emana do próprio Estado, que deveria manter-se neutro e proteger o livre exercício das liberdades, resta flagrante atentando, não somente contra o individuo cujo direito fora violado, mas contra a natureza neutra de que deveria gozar o Estado, numa contradição legal que deve ser sanada unicamente pela compreensão do sistema jurídico:

O estudo do ordenamento jurídico como uma estrutura sistemática coerente é um estudo ainda da lógica jurídica formal, pelo menos no essencial, tal como a análise lógica de um discurso, que procurasse expungir-lo de toda contradição interna” (MACHADO NETO, 1966, p.75)

Tal compressão do sistema jurídico como um discurso uníssono é imprescindível à legitimidade do próprio Estado e da perpetração dos direitos e garantias, porém executável unicamente num cenário democrático, que, como já visto, carece de viabilidade, por restarem demasiadamente distantes aqueles que deveriam batalhar por seus direitos.

Nesse diapasão, convergem os estudiosos acerca de um mesmo fenômeno que entrava e dificulta o florescer democrático, quando trata Bobbio (1986) do poder invisível, quando se dedica Chauí (1994) a abordar o processo ideologizante, e quando argumenta Barroso (2000, p.3), ao nomeá-lo de idealização:

Esta idealização, todavia, precisa ser confrontada com fatores que rompem com a sua unidade esquemática, sujeitando-a a um turbulento processo dialético. Que a constituição e as leis, como criações humanas, são elaboradas por pessoas que não são indiferentes ou neutras, mas, ao revés, diretamente interessadas nas consequências das regras que editam. Numa sociedade dividida, a ordem jurídica espelha a vontade da classe dominante e tende a proteger os valores que lhe atendam aos anseios.

A classe dominante[62] a que se refere Barroso (2000), sedimentada em costumes arraigados na sociedade, persiste na prática que viola direitos e garantias, como se esta fosse permitida

pela vontade constitucional, como se legítimas fossem tais condutas, e assim permanecem pelo silêncio dos ofendidos, naquilo que Bobbio chamaria de fracasso democrático. Todavia, como já dito, não pode a democracia ser compreendida como fracassada, especialmente nas questões da laicidade estatal, haja vista ser processo ainda em curso, de *per se*, carecendo exclusiva e continuamente da participação daqueles que compõem o todo para que seja percebido seu sucesso, o que por certo, não é vedado ou impossível.

Assim, curioso paradoxo é percebido, vez que padece a democracia, quando deixando de ser laico o Estado, porquanto ataca, ele mesmo, determinados indivíduos, silenciando-os, ao violar, pelos atos de seus representantes, as garantias constitucionais de neutralidade religiosa. Todavia apenas pela participação de todos, pela democracia, sobretudo dos ofendidos, pode-se sanar a questão, exaltando as liberdades, a democracia e a laicidade.

A laicidade, embora tivesse condições de ser regulamentada minuciosamente, em regramentos que pudessem determinar sua detalhada eficácia, ainda sim restaria passível de violação, pois a norma jamais pode garantir sua própria aplicação, cabendo exclusivamente àqueles para os quais se dirige a observância e cuidado. Nesse diapasão surge a democracia, como mecanismo eficaz, quando vivenciado, de controle, percepção e aplicação.

Esta democracia, que como dito é em um só tempo alvo de ataque e solução, não obstante gloriosa função social, encontra-se ameaçada, bem como o Estado, sendo o risco tamanho que não se afasta a possibilidade da extinção de ambos, em permanecendo apático o povo, quer pelo costume, quer pela ignorância, quer pela opressão. Devendo este rebelar-se contra o arbítrio, sempre que preciso, no mais cristalino agir democrático, sendo tal rebelião sinônima do cuidado, da preservação contra a proliferação da ignorância, que fomenta o afastamento e o ruir das liberdades. Rebelião que pode ser poeticamente exemplificada e compreendida

nas palavras de Poulat, citado na voz de Blancarte (2013, p.61), quando diz que “La libertad es como un jardín. Vuelve rápido al estado salvaje en cuanto cesa de ser cultivada”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para tangenciar propriamente o tema destes estudos, tratou-se antes de uma inevitável abordagem sobre as origens do Estado Democrático de Direito, para compreensão do caminho sócio evolutivo percorrido, pelos povos, até os dias atuais, e perpassou-se os processos que marcaram o emergir da modernidade, como o proliferar dos movimentos intelectuais europeus, que lançaram as bases para o que hoje entende-se como Estado. Movimentos como o iluminismo, cientificismo e em especial a secularização, aprofundada neste trabalho, e que se propõe a apartar o Estado de suas antigas raízes legitimantes, dotando-o da autenticidade necessária à sua perpetuação, à sua continuidade, legitimidade esta que pudesse assegurar o implemento de outros ideais, igualmente perseguidos àquele momento e hodiernamente, como o ideal Constitucional que buscava positivar, dentro dos ordenamentos jurídicos os direitos e garantias que serviriam como alicerces indispensáveis ao agrupamento social, sendo eles mesmos as diretrizes mais elementares deste fenômeno que se chamaria de Estado.

Na sequência abordou-se diretamente o tema desta produção: a laicidade como elemento integrante de todo aquele processo narrado, e fator determinante de manutenção daquela legitimidade que apartaria o Estado de seus antigos tutores, forjando assim as bases para isonomia e liberdade. Expôs-se naquele ponto a dúplice dimensão, teoricamente admitida, do princípio da laicidade, dirigido a proteger as religiões do assédio estatal e o próprio estado do assédio das religiões.

A partir daquele momento foram elencadas uma série de atos perpetrados pelo próprio Estado, por meio de seus representantes, que direta e claramente atentavam contra a

laicidade em flagrantes manifestações confessionais de representantes do Estado. intentou-se evidenciar o flagrante paradoxo entre o mandamento constitucional e a *praxis* percebida em todos os poderes que integram o Estado, o qual, devendo ser separado, neutro, laico, encontra-se confessional, tendencioso e maculado.

Encaminhando-se para o final desta produção, aponta-se para a natureza manifesta daqueles atos como risco inequívoco às liberdades, como atentado direto a elas e ameaça à própria democracia, quando se é difundida a cultura dos cidadãos de classe inferior, ao serem estes preteridos pelo Estado, devendo permanecer quietos, silentes, tolerados. Entendeu-se que tal mensagem, amplamente difundida em outros tempos da história deste país, jamais poderia ser replicada nos dias atuais, dadas as determinações aqui analisadas. Não é, todavia, o quadro que se observa nesse Estado, dito laico, dito democrático.

Flagrou-se notória ineficácia do princípio da laicidade, não apenas neste período contemporâneo como em toda a história Brasileira, haja vista não ter havido nenhum momento sequer em que se pudesse afirmar o Estado totalmente separado de qualquer influencia religiosa em sua operacionalização, embora não faltem tentativas para tanto, evidentemente. Resta clara a contínua afronta ao ideal laico, sustentáculo do próprio Estado de Direito.

Entendeu-se também ser imprescindível que os próprios ofendidos passem a mover o “leviatã” em direção ao reestabelecimento da igualdade ferida pelo assédio religioso, de modo a equilibrar a prestação estatal, obrigando-o a tratar isonomicamente todos aqueles que se encontram sob suas diretrizes, de maneira a prover o real bem comum, de todos, não apenas deste ou daquele grupo. Mesmo que brevemente, restou evidente ser demasiado complexo o implemento de tal movimento democrático, haja vista os processos de alienação e distanciamento, ora fomentados, para que o povo permaneça inerte, ignorante e alheio àquilo que lhe interessa: a defesa de suas

liberdades mais elementares. E mais contundente ainda fora a conclusão, fundada no ideário de altíssimos mestres, de que apenas pelo agir dos ofendidos pode-se vislumbrar quadro distinto do concreto, sendo de outro modo impossível a eficácia e preservação da laicidade e das liberdades, por ser inerente à própria democracia a participação de todos. Apenas por este agir, enxergar-se-ia a possível a instrumentalização do Estado em direção à necessária equidistância e neutralidade que exige a laicidade, como único recurso possível de proteção tanto das liberdades diversas quanto, especificamente, da manifestação religiosa, pois somente num Estado não confessional poder-se-ia restar protegido o direito de coexistirem todas as possíveis emanações de credo.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Resumo de direito constitucional descomplicado**. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas, limites e possibilidades da constituição brasileira**. 4.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BLANCARTE, Roberto. **Laicidade en México: para entender y pensar la laicidad**. Universidad Nacional Autónoma de México: México, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. 14.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

_____. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico.** 6.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado.** 6.ed. Editora Malheiros: São Paulo, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 6. Ed. Coimbra: Livraria Almeida, 1993.

CATROGA, Fernando. **Entre deuses e césores: secularização. Laicidade e religião civil: uma perspectiva histórica.** 2.ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CHAUÍ, Marilena de Souza. **O que é ideologia.** 38.ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

DALLARI, Dalmo A. **Elementos da Teoria Geral do Estado.** 20.ed. Saraiva: São Paulo, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **Compendia de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, À sociologia do jurídica e a lógica jurídica, norma jurídica e aplicação do direito.** 21.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAZ Jr.,Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito.** 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KELSEN, Hans. **A democracia.** Trad. Ivone Castilho Benedetti et al. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAFER, Celso. **Estado laico. In Direitos Humanos, Democracia e República: Homenagem a Fabio Konder Comparado.** São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

LOREA, Roberto Arriada. et al. **Em defesa das liberdades laicas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

MACHADO NETO, A. L.. **Teoria geral do direito**. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1966.

OLIVEIRA, Debora Gonçalves de. **As possibilidades da democracia participativa no estado democrático de direito**. Dissertação (mestrado) – Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia. Curitiba: UniBrasil, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. et al. **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SECCO, Orlando de Almeida. **Introdução ao Estudo do Direito**. 10.ed. Rio de Janeiro: Lumin Juris, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 25.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

STRECK , Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça do. **Leis benéficas a homossexuais ainda são barradas**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-abr-16/leis-beneficas-homossexuais-ainda-sao-barradas-preconceito>>. Acesso em: 15 out. 2014.

ARRUDA, Roldão. **Representante do programa de Aids da ONU critica governo por ceder a pressões de grupos religiosos**. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/roldao-arruda/representante-do-programa-de-aids-da-onu-critica-governo-por-ceder-a-pessoes-de-grupos-religiosos/>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

BRASIL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal, Voto do Ministro Marco Aurélio (Relator). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf54.pdf>>. Acesso em:

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 2 set. 2014.

_____. Decreto nº 119-a, de 7 de janeiro de 1890. Prohibe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em materia religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providencias. **Sala das sessões do Governo Provisorio**, 7 jan. 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm>. Acesso em: 8 set. 2014.

BRITTO, Carlos. **A “lemanjá” que Petrolina não quis**. Disponível em: <<http://carlosbritto.ne10.uol.com.br/a-iemanja-que-petrolina-nao-quis/>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

_____. **Evangélicos se manifestam contra a lemanjá de Júlio Lóssio**. Disponível em: <<http://carlosbritto.ne10.uol.com.br/evangelicos-se-manifestam-contra-a-iemanja-de-julio-lossio/>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

CABROBOENSE, Correio. **Vereador Zezito Salu quer leitura obrigatória da Bíblia nas escolas**. Disponível em: <<http://www.correiocabroboense.com/2014/07/vereador-zesito-salu-quer-leitura.html>>. Acesso em: 20 out. 2014.

CAMPANERUT, Camila; YAMAMOTO, Karina. **Após pressão contra Palocci, governo suspende kit anti-homofobia do MEC.**

Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/noticias/2011/05/25/governo-recua-com-kit-anithomofobia-por-pressao-da-frente-parlamentar-evangelica-e-catolica.htm>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

COUTINHO, Simone Andréa Barcelos. **Escolha eleitoral deve considerar secularismo do Estado.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-ago-23/escolha-membros-poder-levar-conta-secularismo-estatal>>. Acesso em: 20 out. 2014.

CRISTÃO, Partido Social. **Comunicação PSC.** Disponível em: <<http://www.psc.org.br/comunicacao-psc/todas-as-noticias/2938-bancada-evangelica-consegue-barrar-projeto-que-criminaliza-a-homofobia>>. Acesso em: 19 out. 2014.

CURITIBA, Câmara Municipal. **Carla Pimentel propõe leitura da bíblia em escolas de Curitiba.** Disponível em: <http://www.cmc.pr.gov.br/ass_det.php?not=22899>. Acesso em: 12 out. 2014.

DEPUTADOS, Câmara dos. **PEC 99/2011.** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=524259>>. Acesso em: 10 out. 2014.

EBC, Portal. **Entenda o projeto de “cura gay”.** Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/cidadania/2013/06/entenda-o-projeto-de-cura-gay>>. Acesso em: 15 out. 2014.

ESCOLA, Revista. **O que é bullying? Confira a definição.** Disponível em: <<http://revistaescola.abril.com.br/formacao/bullying-escola-494973.shtml>>. Acesso em: 19 out. 2014.

EXAME. **UNAIDS critica suspensão de kit educativo sobre doença.** Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/unaidscritica-suspensao-de-kit-educativo-sobre-doenca>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

EXTRA. Jair Bolsonaro ataca gays em entrevista para documentário inglês: 'Nós, brasileiros, não gostamos dos homossexuais'. Disponível em: <<http://extra.globo.com/noticias/mundo/jair-bolsonaro-ataca-gays-em-entrevista-para-documentario-ingles-nos-brasileiros-nao-gostamos-dos-homossexuais-10487491.html>>. Acesso em: 10 out. 2014.

FAZENDO MÉDIA. 'Ensino religioso aumenta intolerância nas escolas públicas', afirma pesquisadora. Disponível em: <<http://fazendomedia.com/ensino-religioso-aumenta-intolerancia-nas-escolas-publicas-afirma-pesquisadora/>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

FERREIRA, Nuno Miguel Miranda. O conceito de democracia segundo Joseph Schumpeter. Disponível em: <<http://empreende.org.br/pdf/Democracia%20e%20Participa%C3%A7%C3%A3o/O%20conceito%20de%20democracia%20segundo%20Joseph%20Schumpeter.pdf>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

FOLHA. Em protesto contra 'kit gay', bancada evangélica mira Palocci. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/920455-em-protesto-contr-kit-gay-bancada-evangelica-mira-palocci.shtml>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

FORUM, portal. Reação de aluno ateu a bullying acaba com pai-nosso na escola. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/blog/2013/04/reacao-de-aluno-ateu-a-bullying-acaba-com-pai-nosso-na-escola/>>. Acesso em: 6 fev. 2014.

G1. Câmara decide arquivar projeto que autoriza 'cura gay'. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/07/camara-decide-arquivar-projeto-que-autoriza-cura-gay.html>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

____. **Lei obriga leitura bíblica diária nas escolas públicas de Nova Odessa.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/sp/piracicaba-regiao/noticia/2014/07/lei-obriga-leitura-biblica-diaria-nas-escolas-publicas-de-nova-odessa.html>>. Acesso em: 22 jun. 2014.

____. **Projeto de lei proíbe sacrifício de animais em rituais religiosos em SP.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2011/10/projeto-de-lei-proibe-sacrificio-de-animais-em-rituais-religiosos-em-sp.html>>. Acesso em: 18 out. 2014.

GAZZETA. **Vereador demonstra intolerância religiosa.** Disponível em: <<http://www.gazzeta.com.br/vereador-demonstra-intolerancia-religiosa/>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

GLOBO, O. **Ensino religioso é obrigatório em 49% de escolas públicas, contra lei.** Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/ensino-religioso-obrigatorio-em-49-de-escolas-publicas-contralei-7928028>>. Acesso em: 19 out. 2014.

GUEDES, Maristela Gomes de Souza. **Exu, escola e racismo.** Disponível em: <<http://www.cult.ufba.br/wordpress/24334.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

INSTÂNCIA, Última. **TJ-RS manda retirar crucifixos dos prédios da Justiça estadual.** Disponível em: <<http://ultimainstancia.uol.com.br/conteudo/noticias/55262/tj-rs+determina+que+crucifixos+sejam+retirados+dos+predios+da+justica+estadual.shtml>>. Acesso em: 10 out. 2014.

JUSBRASIL. **CNJ: O Estado Laico e a Liberdade Religiosa.** Disponível em: <<http://trt-9.jusbrasil.com.br/noticias/2701260/cnj-o-estado-laico-e-a-liberdade-religiosa>>. Acesso em: 19 out. 2014.

KULTAFRO. **Piracicaba proíbe culto das religiões de matrizes africanas.** Disponível em: <<http://www.kultafro.com.br/2012/11/piracicaba-proibe-culto-das-religoes-de-matrizes-africanas/>>. Acesso em: 16 out. 2014.

LOPES, Paulo. **Araguaína obriga leitura diária da Bíblia nas escolas antes das aulas.** Disponível em: <http://www.paulopes.com.br/2011/11/lei-de-araguaina-obriga-leitura-diaria.html#.VGzfh_nF-CK>. Acesso em: 10 out. 2014.

MACHADO, Mariucha. **Aluno é barrado em escola municipal do Rio por usar guias do candomblé.** Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/09/aluno-e-barrado-em-escola-municipal-do-rio-por-usar-guias-do-candomble.html> >. Acesso em: 5 fev. 2014.

MAIS, Notícias Gospel. **Aprovada lei que obriga leitura da Bíblia na abertura das sessões da Assembleia Legislativa de Goiás.** Disponível em: <<http://noticias.gospelmais.com.br/lei-obriga-leitura-biblia-sessoes-legislativa-34242.html>>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. **Vereador entra com projeto de Lei que propõe leitura obrigatória da Bíblia em escolas públicas e privadas de Fortaleza.** Disponível em: <<http://noticias.gospelmais.com.br/projeto-lei-leitura-obrigatoria-biblia-escolas-68799.html>>. Acesso em: 20 out. 2014.

MANAUS, Câmara Municipal de. **Carlos Alberto propõe criação de Conselho Municipal de Pastores Evangélicos.** Disponível em: <<http://www.cmm.am.gov.br/vereador-propoe-criacao-de-conselho-municipal-de-pastores-evangelicos/>>. Acesso em: 18 out. 2014.

ODESSA, Prefeitura Municipal de. **Prefeito veta projeto de leitura bíblica nas escolas.** Disponível em: <<http://www.novaodessa.sp.gov.br/noticiasConteudo.aspx?IDNoticia=14105>>. Acesso em: 10 out. 2014.

PETROLINA, Prefeitura. **Petrolina ganha novo monumento religioso.** Disponível em: <http://www.petrolina.pe.gov.br/2010/noticia_2.php?id=2335>. Acesso em: 12 jun. 2014.

POLÍTICO, Pragmatismo. **Leia a íntegra do voto histórico que determina a retirada de crucifixos em tribunais no RS.** Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2012/03/leia-a-integra-do-voto-historico-que-determina-a-retirada-de-crucifixos-em-tribunais-no-rs.html>>. Acesso em: 10 out. 2014.

_____. **Proposta que enterra o Estado Laico no Brasil pode ser aprovada na Câmara.** Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/03/proposta-enterra-estado-laico-brasil.html>>. Acesso em: 10 out. 2014.

R7, Notícias. **Bolsonaro ataca Dilma e depois nega que tenha chamado presidente de “homossexual”.** Disponível em: <<http://noticias.r7.com/brasil/noticias/bolsonaro-ataca-dilma-e-depois-nega-que-tenha-chamado-presidente-de-homossexual-20111124.html>>. Acesso em: 21 out. 2014.

RIBEIRO, Rafael. **Professora evangélica prega em aula e aluno sofre bullying na escola.** Disponível em: <<http://www.dgabc.com.br/Noticia/27147/professora-evangelica-prega-em-aula-e-aluno-sofre-bullying-na-escola>>. Acesso em: 14 mar. 2014.

SÁ, Tadeu. **Estátua de Iemanjá que foi colocada por Lossio em Petrolina Indigna Vereador.** Disponível em: <<http://blogdotadeusa.com.br/estatua-de-iemanja-que-foi-colocada-por-lossio-em-petrolina-indigna-vereador/>>. Acesso em: 11 jun. 2014.

SANTOS, Silvinho. **Projeto de lei que proíbe culto afro-religioso causa polêmica em São Paulo.** Disponível em: <<http://blogdosilvinhosantos.blogspot.com.br/2013/11/projeto-de-lei-que-proibe-culto-afro.html>>. Acesso em: 15 out. 2014.

SG, Portal. **Após polêmica, artista plástico resolve retirar escultura da Mãe D'água da orla de Petrolina.** Disponível em: <<http://portalsg.ne10.uol.com.br/noticias/2012/10/01/apos->

polemica-artista-plastico-resolve-retirar-escultura-da-mae-dagua-da-orla-de-petrolina-3422.php>. Acesso em: 10 jun. 2014.

STF. Glossário Jurídico, verbete: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/verVerbetes.asp?letra=A&id=481>>. Acesso em: 10 out. 2014.

TERRA, Notícias. **Bullying religioso cresce nas escolas do País, diz líder ateu.** Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/educacao/bullying-religioso-cresce-nas-escolas-do-pais-diz-lider-ateu,f4c942ba7d2da310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

TRT, Portal. **CNJ promove seminário sobre estado laico e liberdade religiosa.** Disponível em: <http://portal.trtrio.gov.br:7777/pls/portal/PORTAL.www_media.show?p_id=13687223&p_settingssetid=381905&p_settingsiteid=73&p_siteid=73&p_type=basetext&p_textid=13687224>. Acesso em: 23 out. 2014.

VEJA. **Dilma suspende “kit gay” após protesto da bancada evangélica.** Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/dilma-suspende-kit-gay-apos-protesto-da-bancada-evangelica/>>. Acesso em: 20 out. 2014.

_____. **Vinde a mim os eleitores: a força da bancada evangélica no Congresso.** Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/a-forca-dos-evangelicos-no-congresso>>. Acesso em: 15 out. 2014.

VIÉS, Revista o. **Um estado laico com bancada evangélica.** Disponível em: <<http://www.revistaovies.com/reportagens/2011/12/um-estado-laico-com-bancada-evangelica/>>. Acesso em: 15 jun. 2014.

WEREBE, Maria José Garcia. **A laicidade do ensino público na França.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbedu/n27/n27a13.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2014.

NOTAS:

[1] Conquistas gradativas pois os direitos fundamentais não surgiram simultaneamente, mas em períodos distintos mediante as demandas igualmente distintas de cada época, tendo uma consagração progressiva nos textos constitucionais o que equivale a classificação doutrinária em gerações ou dimensões, sendo os **direitos fundamentais de primeira dimensão** os ligados ao valor liberdade, são os direitos civis e políticos. Os **direitos fundamentais de segunda dimensão** são os direitos sociais, econômicos e culturais. Os **direitos fundamentais de terceira dimensão** são aqueles ligados ao valor fraternidade ou solidariedade, relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação e finalmente **os direitos de quarta geração ou dimensão** compreendem os direitos à democracia, informação e pluralismo. (grifo nosso)

[2] Bulos aponta, acertadamente, que não se deve confundir o Constitucionalismo atualmente admitido, e por ele explanado em sua obra, com a antiga técnica de tutela das liberdades surgida nos fins do século XVII, que se voltava tão somente para a análise de um ramo jurídico, e não servia como um sistema hermenêutico de tutela, como hoje se espera.

[3] Este novo momento que é experimentado pelo Direito, é para Bulos conceituado como Constitucionalismo contemporâneo, que, ainda segundo o autor, subdivide-se em neoconstitucionalismo e transconstitucionalismo, sendo o neoconstitucionalismo o efetivamente utilizado na abordagem deste estudo.

[4] A duplicidade aqui mencionada será mais adiante abordada com maior profundidade.

[5] Este fenômeno social é também abordado na obra “O que é ideologia” de Chauí (1994) que constrói um atual conceito de

ideologia, valendo-se de dados historicamente existentes relativos a lutas de classes e estudos de outros autores sobre o tema. A autora defende ser a ideologia um fluxo contínuo e ininterrupto em que grupos dominantes se sobrepõem continuamente, enublado seus interesses para alcance de seus fins. Sem d vida este tema   deveras instigante, especialmente quando abordado num viés que relacione os fluxos ideológicos e a constru o do Estado, todavia, por não ser esta a abordagem central deste trabalho,   útil tão somente esta breve considera o sobre o conceito apresentado por Marilena Chauí.

[6] Os autores atribuem a Maquiavel, em sua obra “O Príncipe”, o primeiro uso do termo ao descrever um conglomerado de indivíduos sob a ordem de um outro.

[7] Embora possam ser utilizados incontáveis critérios para determinar o estudo dos Estados, acharam prudente o uso do critério cultural religioso os autores mencionados, o que, por sua vez,   relevante para a análise a que se propõe esta produ o.

[8] Streck e Moraes chegam a comentar com certa ironia uma possível indaga o quanto a inutilidade da diferencia o, haja vista poder ser considerado Estado, apenas os processos políticos-sociais posteriores ao termo cunhado por Maquiavel, num entendimento que agruparia todos os formatos sob o único termo “Estado” dispensando assim a divisão entre “pré-moderno” e “moderno”. No entanto a explica o que segue elucida o porque do posicionamento dos autores.

[9] Em sua obra “Ciência Política e Teoria geral do Estado” ao tratarem dos pilares do Estado Liberal e dos teóricos que o elaboraram, Streck e Moraes comentam as visões de autores como Adam Smith, que em “A Riqueza das Na es” defendia uma limita o máxima da atua o estatal, como responsável unicamente pela manuten o da ordem e segurança. Citam ainda John Stuart Mill e J.Bentham, que defendiam uma ideia de antiestado, em que seria negativo ou ausente de atua o o Estado, especialmente no sentido de prote o aos indivíduos, o que seria posteriormente chamado de “Estado mínimo”, ou apenas “estado liberal”.

[10] Direito e Democracia: entre facticidade e validade

[11] O movimento conhecido como “Ilustração”, correspondeu ao apogeu das ideias iluministas, que se manifestavam em vários outros movimentos isolados e compreendeu o afastamento da estrutura e do funcionamento do Antigo Regime e o surgimento de novos formatos de sociedade, de homem e de Estado. Esse novo pensamento, cultivado pela França no século XVIII, espalhou-se por toda a Europa.

[12] Nas lições de Streck e Morais é conceituado o Estado de Natureza como uma abstração utilizada para justificar ou legitimar a existência da sociedade política organizada. Comentam os autores que para alguns teóricos tal condição humana em que o homem vivia plenamente na barbárie realmente existiu, como é o caso de Rousseau. Já para outros, o Estado de Natureza é apenas uma construção intelectual utilizada como contraface do Estado Civil.

[13] Termo latim para a expressão “razão de ser”

[14] Restará demonstrado no curso das explicações que, embora o ideal constitucional tenha sido desprezado nas primeiras Constituições nacionais, não se pode alegar que eram elas completamente vazias de teor relativo a defesa de direitos e garantias, como este em análise (da liberdade de crença e separação do Estado da predileção religiosa), que instituído nos primórdios constitucionais brasileiros, perdurou em todas as Constituições supervenientes, sendo por elas replicado.

[15] Por meio da Emenda Constitucional nº 1.

[16] Para alguns seria mais apropriada a expressão Congresso Constituinte, em razão de terem sido responsáveis pela elaboração da Carta Magna os deputados eleitos para o Congresso Nacional em novembro de 1986.

[17] Ontologia jurídica é parte da Filosofia do Direito que tem, dentre outras funções, a de determinar o conteúdo próprio ao Direito, elucidando o objeto de estudo da ciência jurídica.

[18] Não fora discorrido na citação, o sexto dos elementos mínimo-irredutíveis, por se tratar esta última dos elementos mínimo-irredutíveis de transição constitucional, que se referem ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que já não estão mais em vigor. Assim, embora possuam importante valor histórico,

exatamente por não possuírem mais vigência não são alvo deste estudo.

[19] Nomes como Locke, Tomás More, Jonh Good-Win, dentre outros.

[20] Expressão em inglês para a frase “pelo qual as instituições, ações e consciência religiosas perdem sua importância social”

[21] Legitimidade aqui tratada numa acepção conceitual geral, partindo dos ideais de Estado e Constitucionalismo, como já restou abordado.

[22] Mestre em Ciências da Religião pela Universidad Nacional de San Marcos, publicou diversos ensaios e artigos sobre o tema ora abordado, sendo o pensamento extraído para integrar o presente trabalho, parte do artigo “A laicidade como princípio constitucional do estado de direito”, que integra a publicação “Em defesa das liberdades laicas”.

[23] Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UERJ, autor de diversos trabalhos que versam sobre o tema. Produziu “O crucifixo nos tribunais e a Laicidade do Estado”, texto que integra a obra “Em defesa das liberdades laicas”, do qual se extrai o pensamento defendido nessa produção.

[24] Em sua produção “O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado” parte integrante da obra “Em defesa das liberdades laicas”.

[25] Op. cit.

[26] Vocábulos em francês que podem significar “Secularismo caráter do que é secular, um personagem secular: a educação secular. Era um tempo onde o secularismo era como uma marca da infâmia. secular: Quem é nem eclesiástico, nem religiosa: juiz secular. “Não deve ser um cidadão, clérigo ou leigo, que está fora do alcance da lei”.

[27] Em sua produção “A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito” parte integrante da obra “Em defesa das liberdades laicas”.

[28] Teoria que foi apresentada e discutida na monumental obra “Espírito das Leis”.

[29] O Bullying pode ser compreendido como agressões intencionais, verbais ou físicas, feitas de maneira repetitiva, por um ou mais alunos contra um ou mais colegas. O termo bullying tem origem na palavra inglesa bully, que significa valentão, brigão. Mesmo sem uma denominação em português, é entendido como ameaça, tirania, opressão, intimidação, humilhação e maltrato.

[30] O fato chegou a ser gravado em um vídeo pelo estudante que disponibilizou o material na internet, como registrado na matéria em questão, embora não esteja mais disponível para acesso público na internet.

[31] A ATEA é uma entidade sem fins lucrativos sediada virtualmente no sítio <https://www.atea.org.br>, registrada na Receita Federal - Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) sob o número 10.480.171/0001-19 e 1º Oficial de Registro de São Paulo/SP. Segundo os dados da própria instituição, no endereço virtual acima mencionado, sua finalidade é promover esclarecimentos à sociedade sobre o ateísmo e o agnosticismo e proteger o estado laico.

[32] Artigo Publicado no VI ENECULT – Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura, realizado de 25 a 27 de maio de 2010 em Salvador, Bahia.

[33] É importante destacar que a Lei nº 11.645, de 10 de março de 2008, estabelece a obrigatoriedade do ensino da História e Cultura Afro-Brasileira e Indígena no Ensino Fundamental e Médio da rede pública e privada de todo Brasil.

[34] Embora tenha sido veiculada em diversos canais de comunicação, de grande influencia local, a informação da retirada da estátua, até o momento a escultura permanece no local como na época de sua inauguração.

[35] Citações extraídas das publicações online das revistas Exame e Estadão.

[36] Notícia veiculada no sítio “Notícias Gospel Mais”, em 22 de junho de 2014.

[37] Embora seja fun o dos três poderes, aut nomos entre si, fiscalizarem-se mutuamente no exercício mais perfeito das fun es do Estado.

[38] A Bancada da Bola, também conhecida como Frente Parlamentar de Apoio ao Esporte,   composta por congressistas ligados aos clubes e federa es de futebol, de onde proveio sua popularidade. Atua há várias legislaturas de forma intensa, mesmo que discretamente, e somente apareceu com mais destaque na m dia e teve sua estrutura exposta quando das duas CPIs paralelas que, em seguida   derrota do Brasil na Copa de Mundo de 1998, se instalaram na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

[39] Em conformidade com dados disponíveis no sítio Transparência Brasil, a maior parte dos parlamentares que integram a frente parlamentar conhecida como bancada evangélica   alvo de processos judiciais na Justiça Eleitoral e no Supremo Tribunal Federal por diversos crimes, tais como peculato, improbidade administrativa, sonega o de impostos, forma o de quadrilha ou bando, abuso do poder econ mico em elei es de que participaram, além de diversos casos de reprova o de presta o de contas nos Tribunais de Contas.

[40] O projeto de Lei pretende modificar a reda o do artigo 42,   2 , do Estatuto da Criança e do Adolescente.

[41] A resolu o proibiu os profissionais em psicologia de realizar qualquer procedimento com vistas a tratamento de orienta o sexual, por entender que a homossexualidade   uma varia o natural da sexualidade humana.

[42] Publicado pela Livraria do Advogado Editora em 2008.

[43] Notícia veiculada no sítio “Ultima Instância”.

[44] Além de doutrinar sobre direito da família e direitos homoafetivos, Dias   ex-Desembargadora do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e Vice-Presidente Nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família.

[45] Texto integrante da publica o “Em defesa das liberdades laicas”

[46] O Projeto de Emenda Constitucional em questão é apenas sugerido pela pesquisadora, que o faz mediante resultado do vasto material de pesquisa e produção que realizara após anos de dedicação ao tema, e de modo que a menção não diz respeito a nenhuma PEC em tramitação.

[47] Ensino Religioso.

[48] Em sua produção “A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito” parte integrante da obra Em defesa das liberdades laicas”

[49] Às páginas de número 55 e 56.

[50] Arguição de descumprimento de preceito fundamental, que segundo descrição de verbete disponível no Glossário Jurídico do sítio do Supremo Tribunal Federal, é um tipo de ação, ajuizada exclusivamente no STF, que tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Neste caso, diz-se que a ADPF é uma ação autônoma. Entretanto, esse tipo de ação também pode ter natureza equivalente às ADIs, podendo questionar a constitucionalidade de uma norma perante a Constituição Federal, mas tal norma deve ser municipal ou anterior à Constituição vigente (no caso, anterior à de 1988). A ADPF é disciplinada pela Lei Federal 9.882/99. Os legitimados para ajuizá-la são os mesmos da ADI. Não é cabível ADPF quando existir outro tipo de ação que possa ser proposto.

[51] Disponível na íntegra nos arquivos online do sítio do Supremo Tribunal Federal, quando da seção pertinente aos documentos da ADPF 54, difundido na TV Justiça.

[52] Chega a ser irônica tal fala, haja vista, quando da transmissão da leitura do voto do Ministro pela TV Justiça, estar em destaque, ao fundo, a figura de um grande crucifixo cristão.

[53] Parte integrante da obra “Em defesa das liberdades laicas”.

[54] A citação em espanhol equivale à: “Mas lhes foi em grande parte uma resposta a uma hierarquia religiosa e setores muito conservadores da Sociedade, que se recusaram, e ainda se recusam, a aceitar a governança democrática baseada na vontade popular e em particular das minorias. Eles ainda estão procurando

os mesmos privilégios, mas especialmente aspirantes a uma gestão do ponto de vista religioso, do ponto de vista doutrinário específico dos assuntos públicos”

[55] O termo institucional, aqui empregado, refere-se ao uso indevido dos poderes, quais sejam instituições maiores do Estado, utilizadas indiscriminadamente em favor de interesses particulares, que ao se confundirem com os interesses públicos, ferem princípios, direitos e garantias gerais.

[56] Um exemplo do uso criminoso das tribunas legislativas, para a disseminação de ódio e preconceito de cunho religioso, ocorreu em maio de 2011 e fora noticiada pelo portal R7 de notícias. Durante uma sessão em que se debatia o projeto que criminaliza a homofobia (PL 122/06), na Comissão de Direitos Humanos do Senado, o deputado Jair Bolsonaro discutiu com a senadora Marinor Brito, agredindo-a por sua luta em defesa dos direitos daquela minoria, e em razão dos insultos fora instaurado processo disciplinar contra o deputado por quebra de decoro parlamentar. Outro incidente vergonhoso foi noticiado no portal de notícias G1, que tratou da produção do documentário “Out there”, veiculado pela BBC, quando o mesmo deputado fora entrevistado e, falando em nome de todo o povo brasileiro, anunciou que o país não reconhecia a legitimidade dos homossexuais para buscarem quaisquer direitos, além de considera-los como cidadãos de menor escalão.

[57] Como bem coloca Bobbio em todo o curso de sua obra “O futuro da democracia, uma defesa das regras do jogo”

[58] E, se o fosse, não seria em si mesma democrática

[59] Embora existam diversas situações em que a participação popular é manifesta sobre a forma de dever, e por isso mesmo obrigatória, como no caso do exercício da cidadania pelo voto obrigatório, tantas outras restam com a natureza facultativa do direito desprovido de qualquer ônus, o que por vezes ocasiona um distanciamento popular do gerenciamento de ações ligadas a tais direitos o que compromete por certo o conceito de “governo de todos” quando o “todos” não integra o rol de participantes.

[60] Integrante da obra “O futuro da democracia, uma defesa das regras do jogo”.

[61] Discorre muito bem sobre isso Bobbio, na obra há pouco mencionada, ao tratar das questões paradoxais entre democracia, autocracia e tecnocracia.

[62] A classe dominante, diferentemente de Chauí e Bobbio, em Barroso é aquela para quem se destina predominantemente o sistema jurídico, de modo que seja possível visualizá-la com mais clareza. Assim, não há plena correlação entre os conceitos deste pensador e dos outros dois, haja vista tratarem Bobbio e Chauí sobre o aspecto de dominação, de um processo de enublação que oculta da maioria da população os verdadeiros motivos das decisões gerais.

A UNIÃO ESTÁVEL CONCOMITANTE NA PERSPECTIVA DA JURISPRUDÊNCIA E DOCTRINA PÁTRIAS

BRUNO ALVES CÂMARA: Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Pará.

RESUMO: Busca-se, no presente trabalho, apontar as características, preceitos e fundamentos da união estável, bem como analisar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais existentes sobre tais uniões, quando concomitantes, à luz dos princípios constitucionais, em especial, o princípio da monogamia. Desse modo, objetiva-se demonstrar a sua relevância para o direito, de modo que não podem, os operadores do direito, negligenciar essa realidade tão comum na sociedade contemporânea.

Palavras-chave: União Estável concomitante. União Estável. Monogamia. Poliamor.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o desiderato de fomentar a discussão acerca das novas espécies de família que, paulatinamente, vêm sendo reconhecidas pelo legislador pátrio que, impulsionado pelas próprias transformações sociais, vem atualizando o Ordenamento Jurídico.

Sabe-se que a Constituição Maior reconheceu a união estável como entidade familiar, quer seja entre homem e mulher, quer seja composta apenas por um deles.

Tais relações tem apoio na confiança, afeto, solidariedade, lealdade, respeito e amor.

Nessa linha, em que pese se saber que o Princípio da Monogamia está presente no nosso Ordenamento, não se pode fechar os olhos para um fato social bastante presente na

comunidade brasileira, qual seja, a existência de uniões estáveis concomitantes, fazendo-se necessário que o direito observe-as e regulamente-as.

Ululante que diante da falta de homogeneidade quando à sua aceitação da nossa doutrina e jurisprudência, pretende-se, neste trabalho, tão somente provocar uma reflexão sobre tal tema.

DESENVOLVIMENTO

Inicialmente, identifica-se no nosso ordenamento jurídico 03 (três) modalidades típicas para a união afetiva de pessoas, quais sejam: o casamento (art. 226, § 1º da CRFB c/c art. 1.511 e seguintes do CC/02); a união estável (art. 226, § 3º da CRFB c/c art. 1.723 e seguintes do CC/02); e o concubinato (art. 1.727 do CC/02).

Em seguida, ainda antes de adentrar na polêmica propriamente dita, é importante ressaltar que, à luz da melhor doutrina, para a configuração da união estável é necessário o preenchimento de alguns requisitos elencados nos artigos 1.723 e 1.724 do Código Civil pátrio. São eles: publicidade; continuidade; durabilidade; objetivo de constituição de família; ausência de impedimentos para o casamento, ressalvadas as hipóteses de separação de fato ou judicial; observância dos deveres de lealdade, respeito e assistência, bem como da guarda, sustento e educação dos filhos.

Vale dizer, todavia, que, num primeiro momento, para configuração da união estável era necessária a convivência por mais de 5 anos, no entanto, este requisito foi derogado com o advento da lei 9.278/96.

Mormente reconhecer a união estável como entidade familiar tenha sido um grande passo na construção de um Direito de Família moderno, não se pode negar que ainda existe certa resistência a determinados arranjos familiares que, a olhos mais tradicionais, estão distantes daquilo que se convencionou ser ideal de estrutura familiar.

É verdade que, à luz do princípio da monogamia, exige-se dos conviventes a fidelidade, no entanto não é segredo que tal postulado é desrespeitado comumente, de modo que não se pode

permitir que o direito negligencie tal realidade, reveladora como é de inúmeros vínculos sociais e jurídicos. Daí porque se faz necessário que combatamos tal preconceito, lançando mão de outros princípios, tais como autonomia da vontade, isonomia e outros.

Nesse passo, doutrinas renomadas vêm combatendo essa resistência quando à possibilidade de um novo arranjo – fora do conceito de monogamia -, daí porque, no presente trabalho, primou-se por discutir uma modalidade que tem sido polemizada sobremaneira nas discussões doutrinárias, chegando aos tribunais, ainda de forma embrionária, mas merecedora de uma reflexão mais perfunctória.

Não se quer com a presente discussão afastar de uma concepção jurídica o postulado da monogamia, mas sim, em nome da vontade, liberdade e dignidade das pessoas, chamar o leitor para uma reflexão sobre um novo arranjo familiar, cujos nomes já são vários: união estável concomitante, paralela, poliamorismo.

Sobre o assunto, leciona o insígne Caio Mário:

“Questão recente, que tem gerado polêmica na doutrina e na Jurisprudência, diz respeito à possibilidade de reconhecimento de uniões estáveis concomitantes, o que os doutrinadores contemporâneos vêm denominando de “poliamor”. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral em um Agravo em Recurso Extraordinário contra uma decisão do TJSE que entendeu pela impossibilidade do reconhecimento de uma relação homoafetiva devido à existência de declaração judicial de união estável entre o falecido e uma mulher em período concomitante.”

A doutrinadora de direito de família, Maria Berenice Dias, se posicionando sobre a legitimidade do poliamor, entende que:

“negar a existência de famílias paralelas – quer um casamento e uma união estável, quer duas ou mais uniões estáveis – é simplesmente não ver a realidade. (...) Por fim, desconsiderar a participação do companheiro casado na relação concubinária, a fim de entendê-la como monoparental em havendo filhos, ofende o princípio da livre escolha da entidade familiar, pois se estaria diante de uma entidade monoparental imposta”. Para a referida autora, deixando o Estado de conferir proteção a mais de uma família ao mesmo tempo, ele estaria privilegiando o infiel e punindo a concubina e, conseqüentemente, os filhos havidos desta relação extraconjugal.”

Todavia, não é esse o entendimento do STJ, que tem se manifestado pelo não reconhecimento das uniões estáveis paralelas, com base na condição da exclusividade de relacionamento sólido para caracterização e validade de uma união estável.

Com efeito, a 4ª Turma do STJ, tendo como Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, decidiu que:

“havendo sentença transitada em julgado a reconhecer a união estável entre o falecido e sua companheira em determinado período, descabe o reconhecimento de outra união estável, simultânea àquela, com pessoa diversa”. O Relator esclarece que “não se está analisando a possibilidade de, no mundo dos fatos, haver mais de uma união com vínculo afetivo e duradouro, com o escopo de constituição de laços familiares, o que evidentemente acontece. O que se está a perquirir é se, ainda que de fato haja vínculos

afetivos desse jaez, o ordenamento jurídico confere-lhes alguma proteção. Vale dizer, indaga-se se as relações afetivas com esses caracteres, simultaneamente perfectibilizadas, recebem, não de fato, mas juridicamente, o predicativo de ‘união estável’”.

Do mesmo modo, no REsp. 1157273/RN, a 3ª Turma do STJ manifestou-se no sentido de que a análise dos requisitos para configuração da união estável deve:

“centrar-se na conjunção de fatores presente em cada hipótese, como a *affectio societatis* familiar, a participação de esforços, a posse do estado de casado, a continuidade da união, a fidelidade, entre outros”. Segundo a Relatora Ministra Nancy Andrighi, em uma sociedade estruturalmente monogâmica, não haveria a possibilidade de atenuação do dever de fidelidade e de lealdade, devendo o juiz, ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, estar atento às “peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim, com redobrada atenção ao primado da monogamia, com os pés fincados no princípio da eticidade”.

Acompanhando o entendimento do Supremo Tribunal Federal, Paulo Lobo, aduz que:

Desde a Constituição de 1988 abriu-se controvérsia acerca da possibilidade jurídica de uniões estáveis paralelas, tendo em vista a

inexistência de regra expressa a respeito na legislação, inclusive no Código Civil de 2002. Entendemos não ser possível, porque a união estável é relação jurídica *more uxorio*, derivada de convivência geradora de estado de casado, o qual, conseqüentemente, tem como referência o casamento, que no direito brasileiro é uno e monogâmico.

Em direção oposta, os doutrinadores Pablo Stolze Gagliano e Pamplona Filho identificam-se com a visão de união livre de Fábio Ulhoa Coelho mencionada alhures:

O poliamorismo ou poliamor, teoria psicológica que começa a descortinar-se para o Direito, **admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que seus partícipes conhecem-se e aceitam-se uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta.**

Por mais este não seja o padrão comportamental da nossa vida efética, trata-se de uma realidade existente, que já é objeto de reflexão da doutrina especializada e que culmina por mitigar, pela atuação da vontade dos próprios atores da vida, o dever de fidelidade, pelo menos na concepção tradicional que a identifica com a exclusividade.

Ressalte-se que existe em nosso país, um caso emblemático de poliamor, vivido pelo artista carioca Wagner Domingues da Costa, mais conhecido no meio artístico como Mr. Catra, que se relaciona simultaneamente com três mulheres, com as quais possui vinte e dois filhos e convive normalmente com todos (filhos e companheiras) como uma única família, sem que haja nenhum óbice das mulheres, e, ainda, com a anuência de todas.

Todavia, tais entendimentos não significam que a relação concubinária seja ignorada pelos Tribunais; implica, sim, em efeitos jurídicos, mas equipará-la ao casamento e à união estável

seria afrontar de forma expressa a inten o legislativa de proteger os deveres de lealdade e de fidelidade da família.

Segundo Caio Mário, as uniões afetivas plúrimas, múltiplas, simultâneas e paralelas têm ornado o cenário fático dos processos de família com os mais diferentes arranjos, entre eles, aqueles em que um sujeito direciona seu afeto para 1, 2, ou mais outros sujeitos, formando núcleos distintos e concomitantes. Desse modo, propunha o autor que “ao analisar as lides que apresentam paralelismo afetivo, deve o Juiz, atento às peculiaridades multifacetadas apresentadas em cada caso, decidir com base na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na afetividade, na busca da felicidade, na liberdade, na igualdade, bem assim com redobrada aten o ao primado da monogamia, com os p s fincados no Princípio da Eticidade”

De forma brilhante, Ana Carolina Brochado Teixeira e Renata de Lima Rodrigues entendem que “o simples fato de haver simultaneidade familiar, no âmbito das rela es conjugais, não pode ser caracterizado como uma presun o absoluta de conduta desleal, inapta a gerar eficácia jurídica familiar”.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, não se pode mais ignorar tais acontecimentos sem lhes atribuir efeitos jurídicos equânimes apenas pelo fato da simultaneidade de rela es   uma total hipocrisia para uma sociedade que v  este tipo de rela o acontecer corriqueiramente no nosso cotidiano. Não enxergo como negar a possibilidade de se admitir a coexistência jurídica de duas uniões estáveis ou uma união estável e um casamento. O dogma da monogamia deve abrir espaço para autonomia da vontade e liberdade de escolha, como postulados de um Estado Democrático de Direito.

No mesmo sentido, há de se relativizar os conceitos de de lealdade e fidelidade, tendo em vista que, nos dias atuais,   patente a existência de relacionamentos liberais nos quais os parceiros estão livres para relacionarem-se sexualmente com

outras pessoas sem isso os tornem infiéis ou desleais aos seus. Fidelidade e lealdade não se podem resumir na relação carnal pois residentes na alma, no coração.

Quanto aos efeitos patrimoniais, vou além: é absolutamente possível que numa convivência paralela tenha sido construído um patrimônio, com o auxílio concomitante de duas companheiras ou companheiros. Nesse caso, à luz das ensinamentos de direito das obrigações, a exemplo da coibição do enriquecimento sem causa, é justa privar uma das (os) companheiras (os), em caso de dissolução de união, de meação do bem cooperativamente adquirido? Categoricamente, não.

REFERÊNCIAS

- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro. Família.** Volume VI. Ano: 2011.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito de Família.** 4ª Edição. Ano 2007.
- LOBO, Paulo. **Direito Civil, Famílias.** 4ª Edição. Ano: 2011.
- GAGLIANO, Pablo Stolze e Rodrigo Pamplona Filho. **Novo Curso de Direito Civil, v. 6: Direito de família – As famílias em perspectiva constitucional** 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p 446 – 502
- DA SILVA PEREIRA, Caio Mario. **Instituições de Direito Civil, Direito de Família.** Volume V. Editora Forense. 22ª Edição. Ano: 2014.

A PRESCRITIBILIDADE DA AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS À FAZENDA PÚBLICA DECORRENTE DE ILÍCITO CIVIL E O STF. ANÁLISE DO RE 669.069/MG

PAULO ROBERTO ALMEIDA E SILVA: Técnico Judiciário do TRE/RN. Graduado em Direito pela Universidade Federal do RN e Especialista em Direito Público pela Universidade Anhaguera/MG.

Resumo: O presente artigo tem como finalidade analisar a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento do recurso extraordinário (RE) nº 669.069/MG, segundo a qual “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”. Demonstrar-se-á, através da análise dos fundamentos jurídicos fixado nos votos dos Ministros, qual o alcance e sentido atribuído ao texto da parte final do art. 37, §5º da Constituição Federal (CF/88), sem olvidar da análise doutrinária do tema e da tese contrária à adotada pelo STF, ventilada pela Advocacia Geral da União (AGU).

Palavras Chaves: Ação de ressarcimento ao erário. Interpretação da parte final do art. 37, §5º da Constituição Federal. Recurso Extraordinário nº 669.069/MG. Prescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário em face do agente causador de dano. Preponderância do Princípio da segurança jurídica face ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.

01. Introdução:

O presente estudo trata do recente julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), do recurso extraordinário (RE) nº 669.069/MG, o qual enfrentou o sentido e o alcance, da parte final, do art. 37, §5º da Constituição Federal, segundo o qual “A lei

estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

O debate se originou a partir da análise de um caso concreto em que a União ajuizou uma ação de ressarcimento em desfavor de uma empresa de transporte rodoviário e do condutor do veículo dessa empresa, por entender que houve culpa exclusiva do motorista do ônibus na batida contra uma viatura da Companhia da Divisão Anfíbia da Marinha, de propriedade da União, ocorrida em outubro de 1997, numa rodovia de Minas Gerais/MG.

A discussão foi levada a Corte Excelsa pela Advocacia Geral da União (AGU) após tanto o juízo de primeiro, quanto o de segundo grau (TRF da 1ª Região), terem extinguido a ação de ressarcimento por danos causados ao patrimônio público em razão da prescrição da referida ação.

Como se verá, a controvérsia alusiva à questão apoiou-se, fundamentalmente, em duas teses opostas a saber, a que apregoa serem todas as ações de ressarcimento imprescritíveis, sejam provenientes de ilícitos civis propriamente ditos ou por ato de improbidade administrativa, e aquela que defende a prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário quando provenientes de atos ilícitos, em sentido estrito.

Observar-se-á, de outra banda, que o objeto do julgamento do RE nº 669.069 nada mais significou do que o enfrentamento de técnicas e métodos hermenêuticos, destacando-se a interpretação literal, restritiva e sistemática da parte final do art. 37, §5º da CF/88. Ademais, e igualmente relevante, a solução do caso em tela perpassa pela ponderação de valores impingidos nos princípios da segurança jurídica e da supremacia do interesse público em face do interesse do particular.

02. Desenvolvimento:

2.1. A (im)prescritibilidade da ação de reparação de danos à Fazenda Pública ocasionada por ilícitos segundo a visão da doutrina.

Antes do estabelecimento das posições doutrinárias acerca do tema da imprescritibilidade das ações de ressarcimento pelo Poder Público, *mister* se faz conceituar prescrição. Nesse diapasão, importa fixar os ensinamentos de Maria Helena Diniz sobre o tema, *in verbis*:

“A violação do direito subjetivo cria para o seu titular a pretensão, ou seja, o poder de fazer valer em juízo, por meio de uma ação (em sentido material), a prestação devida, o cumprimento da norma legal ou contratual infringida ou a reparação do mal causado dentro de um prazo legal. Se o titular deixar escoar tal lapso temporal, sua inércia dará origem a uma sanção adveniente, que é a prescrição. A prescrição é uma pena ao negligente. É a perda da ação, em sentido material, porque a violação do direito é condição de tal pretensão à tutela jurisdicional.”

Interpretando-se a contrário senso o significado de prescrição é possível, e de dedução lógica, estabelecer que as pretensões imprescritíveis possam ser entendidas como aquelas em que não é possível se fixar prazo para que o titular do direito violado possa fazer valer seu direito de ação em face do causador do ato ilícito (em sentido amplo).

Cabe deixar assentado, por outro lado, que prescrição difere do instituto da decadência, porquanto esta é, em unísono entendimento doutrinário, a perda do próprio direito em si, por não utilizá-lo no prazo estabelecido para o seu exercício.

Fixados conceitos e distinções envolvendo prescrição e decadência, ainda que açodadamente, apenas para situar o leitor, vez que o objeto central do presente estudo não requer conhecimentos mais aprofundados sobre aqueles institutos, importa trazer ao presente estudo dois entendimentos doutrinários relevantes em torno da questão da (im)prescritibilidade da ação de reparação do Poder Público contra o agente causador de dano ao erário.

Para José dos Santos Carvalho Filho, o intérprete deve observar, na interpretação da última parte do art. 37, §5º da CF/88, três aspectos. O primeiro deles é relativo a abrangência subjetiva da imprescritibilidade, que para o doutrinador alcança tão somente os agentes do Poder Público, ou seja, daqueles que, mediante título jurídico formal conferido pelo Estado, sendo servidores ou não, estejam no exercício de função pública. Aduz, com isso, que se o causador do dano for um terceiro sem vínculo com o Estado, não se aplica a regra da imprescritibilidade em questão, mas sim a regra geral prevista no art. 206, §3º, inciso V do Código Civil (prazo trienal).

O segundo aspecto abordado por Carvalho Filho é concernente aos sujeitos da garantia constitucional. Para ele, embora a CF/88 diga expressamente, a imprescritibilidade alcança apenas as pessoas jurídicas de direito público, ou seja, as pessoas federativas, autarquias e fundações autárquicas, e, por essa razão, não atingem as empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), vez que possuem natureza de direito privado, o que não é abarcado tecnicamente pela expressão “agentes públicos” prevista no texto do art. 37, §5º da CF/88.

O último aspecto defendido pelo ilustre doutrinador na análise da regra em questão diz respeito a sua aplicabilidade, que, para ele, somente deve recair em caso de danos (prejuízos) advindos das condutas ilícitas de natureza civil.

Outra posição relevante sobre o tema é defendida por Celso Antônio Bandeira de Melo. Referido autor, registre-se, recentemente passou a enfrentar o tema de forma diversa daquela que vinha defendendo em suas obras. Até a 26ª edição de seu livro, o doutrinador admitira que adotava a posição pela imprescritibilidade de todas as ações de ressarcimento, não fazendo qualquer distinção, revelando posição prestigiadora de uma hermenêutica literal e ampliada. Esse posicionamento, para o mesmo, ocorria ainda que de forma desconfortável, pois, segundo afirma, não compreendia como os herdeiros de quem estivesse incurso na hipótese poderiam ser acionados pelo Estado mesmo decorridas algumas gerações, o que geraria a mais radical insegurança jurídica.

A partir da 27ª edição do seu Curso de Direito Administrativo é que o autor posiciona-se de forma diversa daquela inteligência, passando a compreender que a parte final do texto do art. 37, §5º da CF/88 deveria ser interpretado restritivamente, para tão somente abarcar as ações de responsabilidade propriamente ditas, não alcançando ressarcimentos ao erário oriundas de ilícitos civis e administrativos. Assim, a ressalva para as ações de ressarcimento, impingida no texto constitucional, significaria que as mesmas terão prazos autônomos em relação aos que a lei estabelecer para as responsabilidades administrativa e penal.

Segundo argumenta o eminente jurista, a fixação da compreensão segundo a qual toda e qualquer ação de ressarcimento ao erário seria imprescritível esbarraria na garantia fundamental do direito a ampla defesa do causador do dano, já que o mesmo não poderia guardar provas eternamente, transmitindo-as de gerações a gerações, ao mesmo tempo em que feriria o princípio da segurança jurídica. Veja-se a lição do doutrinador acerca da mudança do seu entendimento inicial do tema em debate:

“Já não aderimos a tal desabrida inteligência. Convencemo-nos de sua erronia ao ouvir a exposição feita no Congresso

Mineiro de Direito Administrativo, em maio de 2009, pelo jovem e brilhante professor Emerson Gabardo, o qual aportou um argumento, ao nosso ver irresponsável, em desfavor da imprescritibilidade, a saber: o de que com ela restaria consagrada a minimização ou eliminação prática do direito de defesa daquele a quem se houvesse increpado dano ao erário, pois ninguém guarda documentação que lhe seria necessária além de um prazo razoável, de regra não demasiadamente longo. De fato, o Poder Público pode manter em seus arquivos, por período de tempo longíssimo, elementos presentes para brandir suas increpações contra terceiros, mas o mesmo não sucede com estes, que terminariam inermes perante arguições desfavoráveis que lhes fizessem”. (pág. 1099).

Em conclusão do seu pensamento reformador, Celso Antônio Bandeira de Mello apregoa que a Constituição, ao estabelecer os casos de imprescritibilidade, o fez de forma expressa, como nos casos do art. 5º, incs. LII e LXIV da CF/88, em matérias alusivas ao direito penal, que nunca há de se eternizar.

Uma vez firmada a compreensão pela prescritibilidade das ações de ressarcimento oriundas de responsabilidade civil, o aludido jurista passou a entender que os prazos prescricionais das ações de ressarcimento por dano ao erário poderão ser de cinco ou dez anos, a depender, respectivamente, da boa ou má-fé do agente causador do dano, sempre contados a partir do término do mandato do governante em cujo período foi praticado o ato danoso, tudo conforme dicção do art. 54 da Lei 9.784/99 e art. 205 do Código Civil.

2.2. Análise do julgamento do RE nº 669.069/MG:

Conforme introduzido no presente estudo, o objeto central do julgamento do recurso extraordinário nº 669.069/MG, pelo Supremo Tribunal Federal, cingiu em se perquirir acerca do sentido e alcance da parte final do texto expresso do art. 37, §5º da Constituição Federal de 1988. Segundo o aludido dispositivo “A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento”.

A celeuma hermenêutica fora debatida no âmbito de uma ação de responsabilidade civil em que a União Federal, intentando contra uma empresa de transportes rodoviário e o motorista do ônibus causador do dano contra um veículo pertencente à frota da Marinha do Brasil, pleiteou, mais de cinco anos após o evento danoso, o ressarcimento do dano causado ao erário no acidente ocorrido em Minas Gerais.

Em disputa, encontravam-se duas teses interpretativas da parte final do art. 37, §5º da CF/88, a saber: a defendida pelos autores da ação, Advocacia Geral da União, apoiada numa leitura literal e ampliativa do dispositivo, resultando na ideia de imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, oriunda de danos causados por qualquer espécie de ilícito, seja civil, administrativo ou penal; bem como aquela advogada pela empresa privada de transporte rodoviário, representada pelo Ex-ministro do STF, Carlos Veloso, a qual se apoiava na prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, quando o dano originasse-se de ilícito civil, como ocorrera na espécie.

O debate chegou as portas da Corte Excelsa após o Juízo Federal sentenciante ter acatado a tese da prescritibilidade da ação ressarcitória e o Tribunal Regional Federal da primeira região ter corroborado a mesma.

A relatoria do recurso extraordinário ficou a cargo do Ministro Teori Zavascki, que adotou, ao final do julgamento, a seguinte tese sobre o caso: “a imprescritibilidade a que se refere o

art. 37, § 5º, da CF diz respeito apenas a ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de atos praticados por qualquer agente, servidor ou não, tipificados como ilícitos de improbidade administrativa ou como ilícitos penais”.

Referido entendimento conclusivo do relator fora construído a partir de uma hermenêutica jurídica restritiva do art. 37, §5º da CF/88. É que, segundo argumentou o ministro, a regra na Constituição é a prescritibilidade, razão pela qual deveriam ser excepcionais os casos alusivos a imprescritibilidade mencionada naquela norma.

Indo mais além no seu pensamento, o Min. Teori Zavascki preconizou em seu voto que o alcance do art. 37, §5º da CF/88 deve ser buscado com a do parágrafo anterior (§4º), que trata das ações de improbidade, passando a adotar o mesmo entendimento fixado pela Corte Cidadã (STJ), para quem o ressarcimento dos danos ao erário somente alcança os casos originados a partir das ações de improbidade administrativa. Estabeleceu, ademais, mencionando o pensamento do Ministro Cezar Pulzo no julgamento do MS nº 26210, que a imprescritibilidade alcançaria, igualmente, os danos ocasionados por ilícitos penais.

Aduz Zavascki, relativamente a parte final do art. 37, §5º da CF, destinada ao legislador ordinário, que o que se mostra mais consentâneo com o sistema de direito, inclusive o constitucional, que consagra a prescritibilidade como princípio, é atribuir um sentido estrito aos ilícitos de que trata o §5º do art. 37 da Constituição Federal.

Dessa maneira, defende o relator, o ilícito civil, por não se revelar conduta revestida de grau de reprovabilidade mais pronunciado, nem se mostrar atentatório aos princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública, não seria possível se submeter a demanda à regra excepcional da imprescritibilidade. Por fim, conclui que deve ser aplicado ao

ressarcimento das ações de reparação de dano contra à Fazenda Pública o prazo prescricional comum para as ações de indenizações por responsabilidade civil em que o Poder Público figure como autor.

Corroborando a posição do relator, no que diz respeito a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário originárias das ações de improbidade, o ministro Luiz Fux aduz que é possível que uma ação de improbidade administrativa já prescrita (prazo de 5 anos da Lei de improbidade) não estenda seus reflexos (efeitos) sobre o ressarcimento ao erário, que é imprescritível porque, segundo ele, há uma superproteção constitucional do erário na CF/88.

Na mesma linha de defesa da limitação do alcance do lapso temporal das ações de ressarcimento ao erário, o ministro Marco Aurélio, no seu voto, propõe a seguinte indagação “Será que, considerada a Carta que se disse cidadã, que trouxe ares democráticos, tem-se esse poder insuplantável do Estado, de deixar que permaneça sobre a cabeça daquele obrigado a ressarcir uma verdadeira espada de Dâmocles?”.

Referido ministro, ainda em seu raciocínio jurídico, conclui seu voto mencionando que ninguém guarda documentos eternamente, referindo-se que o entendimento da imprescritibilidade da ação de ressarcimento por danos causados por ilícito civil inviabiliza o direito de defesa, ideia essa já defendida pela doutrina.

O ministro Luiz Roberto Barroso pontuou na sua manifestação sobre o tema que “a regra geral no Direito Brasileiro é a prescribibilidade, salvo as exceções inequívocas, que estão na Constituição, que são: o crime de racismo e as ações de grupos armados contra o Estado democrático e contra a Constituição”. O mesmo sustentou tese mais restrita do que aquela sugerida pelo relator (que afirmava ser a imprescritibilidade alcançada para a reparação de danos oriunda de ilícitos criminais e das ações de improbidade), tendo estabelecido que o caso descrito nos autos do RE 669.069/MG não permitiria concluir daquela forma, já que não fora dado as partes o contraditório da matéria. Acompanharam tal

entendimento os ministros Luiz Fux e Rosa Weber. Com isso, não seria possível se fixar o entendimento de que as ações de ressarcimento ao erário, por danos causados em razão de atos de improbidade administrativa, seriam ou não imprescritíveis, estando essa questão, atualmente, pendente de enfrentamento pelo STF.

Trilhando igualmente o caminho da prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, o voto da ministra Carmen Lúcia faz menção a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello que, alterando seu entendimento anterior, entendeu que a CF trabalhou com a ideia de imprescritibilidade limitada, somente sendo possível tal aplicação nos casos expressamente listados na CF. Argumenta em seu raciocínio que “não é do homem médio guardar, além de um prazo razoável, a documentação necessária para uma eventual defesa, aduzindo que hoje nem a lei assim estabelece” (inviabilização do direito de defesa).

Diversamente da compreensão adotada pelos mencionados ministros do STF, o Ministro Edson Fachin filia-se a compreensão concebida pela Advocacia Geral da União (AGU), tendo entendido que a imprescritibilidade referida no art. 37, §5º da Carta Maior refere-se a todo e qualquer ato ilícito, não só para atos de improbidade ou ilícitos criminais, pois, segundo ele, a Constituição Federal não exclui qualquer tipo de ato ilícito da imprescritibilidade, não sendo legítimo ao intérprete excluir o que a lei maior não excluiu.

Advoga Fachin que (i) não é possível se restringir a natureza do ilícito mencionado no texto do art. 37, §5º da CF, pois o próprio constituinte assim não o fez; (ii) o termo “agente” expresso naquele dispositivo deve ser entendido de forma ampla, como aquele que pratica ato ilícito e causa prejuízo ao erário, podendo recair sobre particulares; (iii) não é correto se fazer a leitura conjunta do art. 37, §5º e §4º da CF para conferir interpretação restritiva à impossibilidade da ação de ressarcimento; (iv) a interpretação restritiva, ao invés de favorecer o princípio da segurança jurídica, o desfavorece, além de que impede que o dispositivo cumpra a sua função de tutela da coisa pública.

Nesse diapasão, interessa reproduzir interessante trecho do voto daquele ministro, por revelar-se, nele, o núcleo da sua argumentação, veja-se:

“Ao estabelecer que a imprescritibilidade da ação de ressarcimento ao erário se aplica apenas aos casos de improbidade, quando houver o decurso do prazo prescricional relativo aos atos de improbidade, automaticamente fica-se impossibilitado de se propor a ação de ressarcimento, ainda que essa seja considerada imprescritível, pois o juízo a julgar a ação de ressarcimento não poderá inferir que os supostos atos ilícitos se enquadravam como atos de improbidade tendo em vista o decurso do prazo prescricional da possível ação de improbidade. O mesmo ocorrerá nos casos de ilícito penal quando a ação de ressarcimento for proposta após, por exemplo, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva. Não poderia o juiz cível verificar a adequação típica de tal fato como um ilícito penal, o que, por consequência, inviabiliza o ressarcimento”.

Com isso, o ministro Edson Fachin, ao final de seu voto divergente propôs a fixação da seguinte tese: “A imprescritibilidade da pretensão ao ressarcimento ao erário prevista no art. 37, §5º da Constituição da República, alcança todo e qualquer ilícito, praticado por agente público, ou não, que cause prejuízo ao erário”.

Vistas as argumentações e posicionamentos dos ministros do STF, percebe-se que o deslinde da questão de fundo restringiu-se a aferir a preponderância entre duas técnicas hermenêuticas, uma restritiva e outra ampliativa (literal). Venceu a técnica da interpretação restrita, isto é, aquela segundo a qual a parte final do art. 37, §5º da CF/88, quanto a imprescritibilidade, não alcança os atos ilícitos civis. Nesse contexto, melhor razão teve o ministro Roberto Barroso, o qual acabou por fazer prevalecer a tese vencedora: “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.

03. Conclusão:

Uma vez estabelecidos os posicionamentos e nuances doutrinárias e jurisprudenciais em torno da imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, em razão da interpretação do texto oriundo do art. 37, §5º da Constituição, foi possível perceber, através da análise do julgamento do RE 669.069/MG pelo STF, que a interpretação literal do texto constitucional não mostrou-se como a mais acertada para o presente caso, já que, quando invocada, fora vencida.

Restou patente, através de um juízo mais racional e sistêmico, que a melhor técnica adotada para o caso privilegiou uma análise racional e uma visão unificada da Constituição Federal, já que a impossibilidade de prescrição das ações reparatórias de danos não alcança toda e qualquer ação que tenha gerado danos ao patrimônio público, vez que exclui aquelas oriundas de ilícitos civis, conforme restou apregoadado nos votos vencedores naquele julgamento.

Bem de ser e, por tudo quanto exposto, conclui-se que, atualmente, o STF passou a adotar nova leitura do art. 37, §5º da CF/88, vez que passou a seguir a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, compreendendo o dispositivo a partir da leitura, essa sim literal, da seguinte tese: “É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil”.

REFERÊNCIAS

FILHO, José dos Santos Carvalho. Manual de Direito Administrativo, 30. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DINIZ, Maria Helena. Direito Civil Brasileiro, 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 5. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LENZA, PEDRO. Direito Constitucional Esquematizado. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RE 669.069/MG, Relatoria do Ministro Teori Zavascki, julgado em 03.02.2016, Dje 24.02.2016.